

## PREMESSA

### OBIETTIVI DELLA RICERCA E RISULTATI ATTESI

Quello della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche rappresenta, com'è noto, un tema estremamente dibattuto che ha visto e vede tuttora impegnato un larghissimo settore della dottrina romanistica. Il continuo proliferare di studi in materia ha fatto emergere, soprattutto negli ultimissimi anni, una varietà di posizioni che non è facile riassumere in un quadro unitario, tanta è la straordinaria ricchezza di sfumature e dettagli che accompagna ognuna di esse. Se si guarda però alla cornice generale entro le quali esse si inseriscono, può tuttavia affermarsi che gli indirizzi interpretativi oggi prevalenti si caratterizzano per una comune e costante valorizzazione dei profili di discontinuità all'interno della storia delle dottrine romane del contratto, in un percorso di indagine che mira a mettere in risalto apporti e contributi dei singoli giuristi, anche minori. Si è ben distanti, dunque, dai modelli omologativi, particolarmente cari agli autori meno recenti, che prospettavano piuttosto scenari ricostruttivi contrassegnati da una sostanziale omogeneità di ordine dogmatico e soprattutto processuale. Ha piuttosto preso forza l'idea di una varietà di elaborazioni teoriche e di connesse forme di tutela, che avrebbe visto delinearsi e contrapporsi (perlomeno) due distinti indirizziolutivi. L'uno attribuibile a Labeone, l'altro ad Aristone. Più precisamente, mentre il primo avrebbe riconosciuto tutela alle convenzioni atipiche riconducibili allo schema dell'*ultra citroque obligatio*, da intendersi nel senso di atto anche solo potenzialmente produttivo di obbligazioni in capo a entrambe le parti (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19), concedendo a tal fine un'azione *in factum* (decretale) da congegnarsi sul modello dei *iudicia bonae fidei*, il secondo, al contrario, attraverso un' incisiva rivisitazione della dottrina labeoniana, avrebbe legato la tutela alla presenza di una corrispettività delle prestazioni (a condizione però che almeno una delle due attribuzioni patrimoniali avesse trovato esecuzione), accordando, se non addirittura introducendo, un'*actio civilis incerti* di stretto diritto.

Se c'è un punto, invece, rispetto al quale gli studiosi sembra facciano ancora fatica ad allontanarsi dalle conclusioni raggiunte dalla precedente dottrina, esso riguarda senza dubbio quello della posizione che avrebbe assunto in tema di *nova negotia* Salvio Giuliano. Al riguardo è ancora diffusa l'idea che vorrebbe il giurista adrianeo perveracemente contrario alla possibilità di realizzare un allargamento della sfera contrattuale al di là delle figure tipiche riconosciute a livello edittale. Sulla formazione di un tale convincimento più di ogni altra cosa ha pesato la lettura di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, notissima testimonianza di Ulpiano la quale ci informa di una *dissensio opinionum* che avrebbe visto Giuliano ripreso dal meno autorevole Mauriciano per aver egli concesso un'azione *in factum* pretoria rispetto a una vicenda (evittiva) per la quale, a detta del più tardo recensore, si sarebbe potuto diversamente agire con l'*a. civilis incerti*, in stretta aderenza alla dottrina aristoniana del sinallagma, con una critica che più avanti nel tempo avrebbe ottenuto il plauso dello stesso Ulpiano: [...] *puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

L'intelaiatura discorsiva del brano, unitamente al respiro sistematico che indubbiamente caratterizza l'intera trattazione ulpiana, ha avuto l'effetto di far assumere alla *reprehensio* un valore paradigmatico, quasi che dietro le due diverse soluzioni si nascondessero due distinti e contrapposti modelli teorici di riferimento, se non addirittura (e più propriamente) due opposte concezioni del fenomeno giuridico stesso, osservato perlomeno dalla più specifica prospettiva degli spazi di libertà economica da assegnare ai privati nella regolamentazione dei propri interessi. Ciò in una visione di insieme in cui il giurista adrianeo è stato chiamato a interpretare il ruolo di inflessibile custode del principio di tipicità negoziale, incapace di ammettere schemi regolativi diversi da quelli tipizzati a livello edittale. Di qui appunto il rifiuto dell'azione contrattuale. Di qui ancora la concessione di rimedi pretori (*a. in factum*) o comunque (e al più) meramente ripetitivi (*condictio*) volti alla neutralizzazione degli effetti economici prodotti, più che alla realizzazione di quelle pretese che avrebbero potuto astrattamente configurarsi.

Si tratta di un'opinione che non crediamo possa essere accolta e che per altro verso pare stridere con le linee evolutive tracciate dalla più recente dottrina per ciò che riguarda la storia del riconoscimento del fenomeno dell'atipicità contrattuale che si vorrebbe oggi far risalire già Labeone. Da questo punto di vista non è probabilmente un caso se non sono mancate prestigiose prese di posizio-

ne che hanno provato a ridimensionare il senso del contrasto di Ulp. 4 *ad ed.*, con spiegazioni che, a nostro avviso, non hanno tuttavia fornito una risposta plausibile o del tutto convincente. Il torto principale dell'interpretazione tradizionale consiste, crediamo, nell'aver trasformato la testimonianza ulpiana in una sorta di manifesto del pensiero di Giuliano, non prendendo in reale considerazione la possibilità che il dissenso rispetto a Mauriciano riguardasse piuttosto e più modestamente il caso specifico (*do ut manumittas*) riferitoci da Ulpiano, senza che da questo si debbano (o possano) necessariamente trarre precise e ulteriori implicazioni in relazione all'atteggiamento più generalmente assunto dal giurista adrianeo in tema di tutela delle convenzioni atipiche.

Né si può peraltro non considerare che nessuna delle interpretazioni maturate nel solco dell'orientamento tradizionale si è dimostrata in grado di far emergere le ragioni teoriche, o anche solo di ordine pratico, che avrebbero dovuto indurre un giurista dalla riconosciuta sensibilità verso il mondo del commercio e degli affari, come Giuliano, a chiudersi in un ostinato rifiuto dell'atipicità negoziale. Le spiegazioni addotte sono state per lo più evanescenti, non trovando in concreto altro argomento da offrire se non quello del tradizionalismo di scuola sabiniana.

L'indagine che ci attende è lunga e assai complessa, come del resto non meno vasta e articolata è la discussione che si è aperta al riguardo, già a partire, in effetti, dagli autori di diritto comune. Il primo passo sarà proprio quello di provare a riassumere lo stato della dottrina presente e passata, soffermandoci in particolare su quelle posizioni che, in una direzione o nell'altra, hanno segnato più in profondità il dibattito scientifico. Si procederà quindi con un esame diretto delle diverse testimonianze di Giuliano in tema di contratti innominati o nelle quali comunque è adombrato l'impiego dell'azione contrattuale atipica, al fine di valutare se e in quale misura esse consentano, come riteniamo, una lettura non ideologica di Ulp. 4 *ad ed.* § 2, compatibile, dunque, con un atteggiamento solutivo in linea con quegli indirizzi pratici e dogmatici che, proprio in base a Ulp. 4 *ad ed.* § 2, si vorrebbe piuttosto attribuire ad Aristone e ai suoi seguaci.

Ciò ovviamente non sarà sufficiente per sciogliere i nodi interpretativi che la lettura di Ulp. 4 *ad ed.* pone, dovendosi individuare una plausibile giustificazione per la decisione, assunta in quell'occasione da Giuliano, di ricorrere all'azione pretoria anziché a quella contrattuale, diversamente patrocinata dai suoi recensori. Per farlo si dovrà inevitabilmente allargare l'ambito dell'indagine: non solo ai diretti (o anche solo ideali) oppositori di Giuliano e dunque (rispettivamente) ad Ulpiano ed Aristone (nulla di specifico ci è dato sapere su Mauri-

ciano, al di là di Ulp. 4 *ad ed.*), ma anche e soprattutto a Paolo, le cui decisioni sembrano piuttosto evidenziare una marcata sintonia di pensiero col giurista adrianeo. Proprio l'esame di alcune testimonianze di Paolo, come il notissimo e tormentatissimo Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 pr.-5, ci restituirà preziose informazioni che, coordinate con la lettura del non meno noto Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, ci metteranno nella condizione, riteniamo, di rileggere Ulp. 4 *ad ed.* in una luce ben differente rispetto a quella ancor oggi prevalente, ma anche rispetto a certe proposte ricostruttive che hanno provato a mettere in relazione la concessione dell'azione pretoria con la specificità strutturale della vicenda riferita da Ulpiano: quasi che il verificarsi del fenomeno evittivo avesse certificato, per via della mancata produzione di un effetto traslativo, l'impossibilità di considerare la fattispecie in esame come un caso di *do ut facias*, dando piuttosto (o al più) origine a un caso di *facio ut des* che, come tale, sarebbe rimasto al di fuori del sinallagma aristoniano, tassativamente circoscritto alle sole ipotesi di *do ut des*, *do ut facias*, come sarebbe dimostrato, si è detto, da Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1: brano che vedrebbe appunto Aristone ripiegare su una tutela meramente pretoria, rispetto a una vicenda di *facio ut des*.

Al contrario, siamo dell'avviso che a pesare sulla soluzione giuliana di Ulp. 4 *ad ed.* sia stata una valutazione funzionale e dunque economica della vicenda in sé e per sé considerata, la quale presentava caratteri tali che la ponevano in un'area di confine tra *negotium* e *donatio*, rendendo così incerta, perlomeno agli occhi del giurista adrianeo, la presenza di quella corrispettività di vantaggi economici (συνάλλαγμα) che giustificava, secondo la dottrina aristoniana, il ricorso all'azione contrattuale (*a.c.i.*).

La complessità delle questioni che andranno a tal fine seppur brevemente affrontate – dal tema della conversione o conservazione del negozio giuridico, a quello (in qualche modo connesso) del rilievo dell'*animus contrahendi* ai fini della costituzione di un rapporto contrattuale in senso stretto, sino ancora al tema del *negotium* e dei suoi rapporti con la *donatio* –, ma anche l'estensione che il lavoro nel suo insieme finirebbe inevitabilmente per assumere, suggeriscono di tenere formalmente separata questa seconda parte della ricerca, per quanto essa si inserisca in un percorso di indagine che si snoda lungo un sentiero logico-argomentativo sostanzialmente unitario. Di qui peraltro la decisione di una numerazione in sequenza dei capitoli della seconda parte, per meglio evidenziare continuità e organicità della ricerca nel suo complesso.

## CAPITOLO I

### NOVA NEGOTIA E CONTRATTO NEL PENSIERO DI GIULIANO: ALLE ORIGINI DI UNA TRADIZIONE INTERPRETATIVA

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Gli studi sul contratto romano all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano. Da Eduard Gans agli studi di Callixte Accarias. – 3. Il contributo della scuola 'tedesca' nell'ultimo scorcio del XIX secolo: da Alfred Pernice a Joseph Pokrowsky. La questione dell'interesse tutelato: tra '*Negatives Vertragsinteresse*' ed '*Erfüllungsinteresse*'. – 4. Esiti e approdi nella dottrina italiana del Novecento.

#### 1. Cenni introduttivi.

Secondo un'opinione largamente diffusa in dottrina,<sup>1</sup> il giurista Salvio Giuliano, prendendo le distanze da un indirizzo interpretativo delineatosi forse già sul finire dell'età repubblicana,<sup>2</sup> e che comunque avrebbe trovato in Aristone uno dei più autorevoli esponenti, si sarebbe dichiarato contrario a un riconoscimento civilistico per quei rapporti negoziali che non fossero risultati riconducibili a uno schema edittale tipico e per i quali dunque non fosse stato approntato uno specifico rimedio processuale.

In luogo dell'*actio praescriptis verbis* labeoniana o *civilis incerti* di aristoniana memoria, sempre che si ammetta, con parte degli studiosi, che tali locuzioni facessero riferimento a due differenti rimedi processuali,<sup>3</sup> Giuliano sarebbe stato

---

<sup>1</sup> Indicazioni *infra* in questo stesso §.

<sup>2</sup> Al riguardo vd. *infra* questo stesso §.

<sup>3</sup> In proposito vd. *infra* nel testo.

piuttosto dell'opinione di accordare una semplice *actio in factum*, dovendosi intendere quest'espressione come allusiva ad azione con formula *in factum concepta*, ai sensi di Gai 4.46.

Se si fa eccezione per la lunga parentesi degli studi interpolazionistici, per lo meno nell'impostazione più radicale che era andata emergendo nelle analisi di Perozzi,<sup>4</sup> prima, e di de Francisci,<sup>5</sup> poi, in cui la soluzione giuliana era addirittura prospettata come paradigma dell'atteggiamento tenuto dall'intera giurisprudenza nei confronti del fenomeno del contrattualismo atipico, la quale non sarebbe mai pervenuta a un riconoscimento civilistico per tali operazioni negoziali,<sup>6</sup> può dirsi che, a partire dagli ultimi decenni del XIX sec., l'idea ha per lungo tempo costituito un punto fermo nell'ambito degli studi romanistici.<sup>7</sup>

La discussione, quando v'è stata, si è andata tutt'al più incentrando sull'individuazione delle ragioni che avrebbero indotto Giuliano a prendere le distanze dall'insegnamento di Aristone.<sup>8</sup>

Anche oggi che da più parti si tenta di ricondurre entro margini decisamente

---

<sup>4</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* 2, Firenze 1908, 280 ss.; seguito da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2, Tübingen 1911, 156 ss.

<sup>5</sup> P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 1, Pavia 1913; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* 2, Pavia 1916.

<sup>6</sup> L'idea di una chiusura netta può trovarsi in effetti già in C. FADDA, *I Contratti speciali. Lezioni di diritto romano*, raccolte dall'avv. F. Viafora nella R. Università di Napoli. Anno 1898-1899, Napoli 1899, 192. In questo senso, seppur con taluni distinguo più che altro legati alla natura contrattuale dell'*actio in factum*, anche P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946; tra gli studiosi più recenti, una vicinanza alle impostazioni radicali della dottrina interpolazionistica si rinviene nel punto di vista espresso in numerose occasioni da Sargenti, da ultimo sintetizzato in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca* 7, Napoli 2001, 235 ss., il quale anzi profitta della posizione giuliana per svalutare taluni punti ritenuti oramai fermi dagli studiosi in ordine allo sviluppo storico della tutela dei rapporti negoziali atipici. In proposito vd. *infra* cap. II § 5.

<sup>7</sup> In questo senso, oltre agli autori citati *infra* nel testo, A. AUDIBERT, *Sur les différents noms de l'actio praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 39 («Julien, était partisan de l'*actio in factum*»), 42 («partisan le plus connu de l'*action in factum*»); S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (maggio 1924)*. «*Diritto romano e diritto moderno*», a cura di G. Falcone, Torino 2004, 105 s., secondo il quale Giuliano avrebbe negato a queste convenzioni il carattere *iuris gentium* e con esso «l'efficacia del *contractus*, cioè di generare un'*obligatio* e un'*actio civilis*», riconducendole piuttosto nell'ambito della categoria delle *conventiones iuris pretorii*, col risultato, sul piano processuale, di accordare loro tutela mediante l'impiego di sole *actiones in factum*.

<sup>8</sup> In proposito vd. *infra* cap. II § 4.

più ragionevoli l'ampiezza del dissenso giuliano,<sup>9</sup> non sono pochi gli studiosi che mostrano di rimanere saldamente ancorati alla prospettiva tradizionale.<sup>10</sup>

Va detto che l'ipotesi di un rifiuto della dottrina aristoniana da parte di Giuliano non è molto risalente. È sufficiente affidarsi a una rapida consultazione della letteratura meno recente, per rendersi immediatamente conto che di essa non vi è quasi traccia sino alla prima metà del XIX secolo: né negli studi specialistici,<sup>11</sup> né nelle opere di carattere istituzionale o comunque di più ampio respiro.<sup>12</sup> Sino a quel momento la dottrina si era mossa mantenendosi nel solco di

---

<sup>9</sup> Sul punto vd. *infra* cap. II § 6.

<sup>10</sup> Cap. II § 4.

<sup>11</sup> D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica de praescriptis verbis et in factum actionibus*, Jenae 1619, speciatim *Positio LIV*; I.M. BRANDES, *Dissertatio juridica de contractibus innominatis*, Helmaestadi 1643; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis*, Salmanticae 1650, 252 ss.; J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas. Tomus primus, Agae-Comitum 1707, (Titulus V. De praescriptis verbis et in factum actionibus)* 846 s.; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum. Editio altera multis quaestionibus aucta*, Francofurti et Lipsiae 1729; W. CURTIUS, *Dissertatio juridica inauguralis de actione praescriptis verbis*, Lugduni Batavorum 1742; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio de in factum actionibus publice propugnata*, Droebaco-Norvego 1748, in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum maxime ad ius civile historiam pertinentium Sylloge*, Gottingae 1766, 343, 349 ss.; J.G. LANGSDORF, *Tractatio de pactis & contractibus romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate romano. Cap. VII De contractibus innominatis*, Mannhemii 1777, 52 ss.; C.R.L.B. SCHOUZ AB ASCHERADEN, *Commentatio Juris Civilis de Contractibus Romanorum Innominatis*, Gryphiae 1818; M. PÖHLS, *Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans*, Heidelberg 1821, 161 ss.; K. BUCHER, *Das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechts dargestellt*,<sup>2</sup> Leipzig 1830, 385 ss.; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole ac natura commentatio*, Gottingae 1835, passim; G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, nebst einigen Bemerkungen über die actio praescriptis verbis*, in ZCP 11, 1838, 285 ss.; così ancora, appena un anno prima della pubblicazione del lavoro di Accarias (*Théorie des contrats innommés*, citato *infra* in nt. 51), A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis*, in RHD 11, 1865, 629 s.

<sup>12</sup> Si vedano in proposito A.F.J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts* 1, Jena 1803, 112 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816, 76 ss.; J.J. LAND, *Lehrbuch des Justinianisch römischen Rechts, zum Gebrauche bei Institutionen-Vorlesungen*,<sup>2</sup> Stuttgart und Tübingen 1837, 241, 246 ss.; T. MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Leipzig 1839, 236 ss.; C.F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*,<sup>1</sup> Halle 1842, 295 ss.; ancora per la seconda metà dell'Ottocento vd. W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 648 s.; A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano. Vol. II*,<sup>2</sup> Firenze 1866, 119 ss.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3,<sup>7</sup> Marburg-Leipzig 1869, 231 ss.; contesta l'esistenza di un dibattito tra scuole in materia («né i Sabi-

un consolidato indirizzo ricostruttivo tracciato già a partire dai glossatori,<sup>13</sup> in cui a prevalere era stata l'idea che alla varietà di denominazioni dei rimedi processuali documentati in materia di contratti atipici corrispondesse, in realtà, una sostanziale uniformità di meccanismi di tutela. Ed è così che, anche per via dell'intervento di omologazione delle soluzioni giurisprudenziali condotto dai commissari giustiniane, l'*actio in factum* aveva finito per essere per lo più identificata con l'*actio praescriptis verbis*<sup>14</sup> (altrimenti nota come *actio civilis incer-*

---

niani erano contrari a questo movimento della giurisprudenza») F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni secondo i principi del diritto romano*, Padova 1868, 349; P. VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien, avec l'histoire tant externe qu'interne du droit romain. Tome premier*, Gand-Paris 1871, 822 ss.; J. BARON, *Pandekten*,<sup>1</sup> Leipzig 1872, 182 («hat die actio in factum eine andere Bedeutung; man bezeichnet nämlich damit die Civillklage aus einem sog. Innominatcontract»); C. SALKOWSKI, *Lehrbuch der Institutionen für den akademischen Gebrauch*,<sup>2</sup> Leipzig 1875, 275 ss.; D.L. ALZAMORA-L. CORTÉS, *Apuntes de derecho romano*, Lima 1897, 335 ss.

<sup>13</sup> *Glossa in Digestum vetus ad Titulum V. De Praescriptis verbis et in factum actionibus*, Lugduni 1549, 1001.

<sup>14</sup> Si veda in proposito AZO, *Summa. Locuples Iuris civilis Thesaurus*, Venetiis 1584, (*In IIII librum Codicis. De commerciis & mercatoribus* 16) 452; BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris Commentaria*, Basileae 1588, (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V*) 41[9]<5>; J. CUJACIUS, *In Lib. V. quaestionum Pauli. Recitationes solennes. Ad L. V. De praescriptis verbis. Ad §. Sed si*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus quintus*, Prati 1838, 1621: «praescriptis verbis, quae in factum dicitur saepissime, quia sine nomine certo διαγραμματακῶς, id est, narrative proponitur»; D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica cit., Positiones LIX-LXII.*; S. STRYKIUS, *Tractatus de actionibus forensibus investigandis et caute eligendis. Editio secunda emendatior. Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus. § 1*, Halae Magdeburgicae 1698, 149 («haec actio in factum in contractibus innominatis cum actione P.V. coincidit [...] alia vero est actio in factum ex delicto»); G.A. STRUVIUS, *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem pandectarum concinnatum, quo solida juris fundamenta traduntur. Cum additionibus Petri Mülleri. Pars prima. Editio secunda*, Francofurti et Lipsiae 1718, (*Exercitatio XXV. Lib. XIX. Tit. V & ult. De Praescriptis Verbis & in Factum Actionibus, XXIII*) 1737; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio cit.*, in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum cit.*, 366 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 153 s.; così anche A.F.J. THIBAUT, *System* 1 cit., 113; F. MACKELDEY, *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Privatrechts*, Gießen 1814, 671 ss.; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819, 181 ss.; A. HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht, nach den Quellen und Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten. IV. Theil*, Wien 1835, 107; in questo senso («vocatur haec actio in factum») anche A. ERXLBEN, *De contractuum innominatorum indole cit.*, 61 ss.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis oder praescriptis verbis. Ein Beitrag zur Lehre von den Innominatcontracten*, in *Themis* 1, 1840, 333.

ti,<sup>15</sup> *actio in factum civilis*).<sup>16</sup> Tanti, anche allora, erano gli aspetti controversi o comunque ampiamente dibattuti. Varie congetture erano state avanzate sulla struttura del programma di giudizio, tutte comunque accomunate dal convincimento che si trattasse di azione in cui vi andasse dettagliatamente descritto, in assenza di apposito *nomen contractus*, il fatto fondativo della pretesa: la *res gesta*.<sup>17</sup> Di qui, peraltro, il nome di *actio in factum*.<sup>18</sup> Si tratta di congetture, per

---

<sup>15</sup> Non raramente l'azione era considerata *incerta*, in quanto priva di nome certo, e *incerti*, perché indeterminata era la pretesa: vd. in proposito J.J. WISSENBACH, *Exercitationum ad L Pandectarum libros pars prior*, Franekeræ Frisiorum 1653, (*Disputatio XXXVIII*): «dicitur [...] haec actio, *Incerti* [...] quia datur in id quod interest [...] dicitur denique, *Incerta* [...] quia, ut modum dictum, nascitur ex contractibus incertis, non habentibus proprium nomen»; O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 365: «Est itaque actio ex innominato contractu *incerta*, quia destituitur formula proprioque nomine; est eademque *incerti actio*, quod nullas habet certas praestationes». In una prospettiva diametralmente opposta, una connessione della denominazione *incerti actio* col fatto che si trattasse di azione a tutela di contratti *incerti* (secondo Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9 pr.), privi cioè di preciso *nomen iuris*, si trova suggerita in C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum* cit., 350 s., per il quale l'aggiunta dell'aggettivo *civilis* sarebbe dovuta servire a distinguere l'azione dalle azioni *in factum* pretorie, anch'esse *actiones incerti*, in quanto anch'esse rivolte alla tutela di contratti innominati o *incerti*: «unsere *Incerti actio* ihrem Namen vom *incertus contractus*, dem das proprium nomen *contractus* fehlt, entlehnt hat. Da aus solchen unbenannten Rechtsverhältnissen übrighens auch prätorischen in *factum actiones* hervorgehen können, die sich insofern auch als *Incerti actio* darstellen, so erklärt sich hieraus auch von selbst [...] warum unsere *Incerti actio* den Zusatz *civilis* erhält». Sulla questione vd. *infra* § 2, ntt. 51, 76.

<sup>16</sup> Per l'identificazione *a. civilis in factum-a.p.v.* vd. K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3<sup>7</sup> cit., 234; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum* cit., 333 ss.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 1, Leipzig 1834, 362; ID., *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846, 574; C.F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandecten-Rechts nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet* 2,<sup>4</sup> Halle 1844, 290.

<sup>17</sup> Così («factum enim denotat ipsam conventionem ab una parte impletam, seu rem gestam») O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 373, ove si azzarda una ricostruzione dell'*a. de permutatione*: «AIO TE MIHI STICHUM HOMINEM TUUM DE QUO INTER NOS CONVENIT OB DATUM TIBI A ME PAMPHILUM DARE OPORTERE»; I.G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum Syntagma*, in *Operum tomus quartus*, Genevae 1767, (*Lib. IV. Tit. VI. De actionibus.* § XXXII), 542: «Verbi gratia. AIO TE MIHI TRITICUM, DE QUO INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA, DARE OPORTERE». In proposito vd. anche *infra* ntt. 19, 24.

<sup>18</sup> VACONIUS À VACUNA, *Iuris civilis declarationum cum notis additionibus Liber primus. XXVI. Declaratio, an deportati habeant actiones: Et quid sit actio praescriptis verbis, vel in factum*, in *Novarum declarationum et variarum lectionum, resolutionumque iuris libri XXII. Diversorum clarissimorumque iurisconsultorum recentium*, Coloniae Agrippinae 1576, 33.

ovvie ragioni, oggi chiaramente inservibili, ma non per questo prive di interesse, se non altro perché danno la misura esatta dell'enorme sforzo ricostruttivo ed elaborativo che era richiesto agli studiosi prima del ritrovamento del manuale gaiano.<sup>19</sup>

Molto in particolare si discuteva sulla natura di buona fede dell'azione: caratteri, che in base a I. 4.6.28,<sup>20</sup> veniva in genere attribuito, com'è noto, alle sole azioni *p.v.* relative a permuta ed *aestimatum*,<sup>21</sup> con estensione, da parte di un ridottissimo numero di autori, anche all'*actio p.v. de precario*, facendo perlomeno affidamento su Ulp. 71 *ad ed. D. 43.26.2.2 (quae ex bona fide oritur)*.<sup>22</sup> Vi-

---

<sup>19</sup> Da questo punto di vista, è assai interessante notare, ed è certo da imputarsi alle scarse cognizioni con le quali si era costretti ad operare prima che fosse rinvenuto il manoscritto veronese, come, in non rari casi, lo schema formulare proposto presentasse la struttura dell'*a. in factum* di Gai 4.46, nonostante agli autori fosse ben presente la distinzione, almeno su un piano formale, tra *a. in factum praetoria* e *a. in factum civilis*: in quest'ordine di idee («*Si paret Maevium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur*») vd. A. VINNIUS, *De pactis tractatus*, Lugduni Batavorum 1646, 108, di cui non può non sorprendere peraltro la proposizione di analogo programma di giudizio per la medesima ipotesi ad attuazione invertita (*manumisi ut dares*), nonostante si trattasse di un caso di *facio ut des*, in relazione al quale l'autore escludesse (non senza oscillazioni: 77 s.) la nascita di un contratto innominato e dunque dell'*a.p.v.* (99: in proposito vd. vol. II, cap. V § 1.1, ntt. 20, 46). Vale la pena leggere le parole di Vinnio: «aut contra: *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem a Maevio acciperet & c.*»; con cautela («in hunc forsan modum») anche J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I.* cit., (cap. 6 nr. 2), 183: «*SI APPARET L. TITIIUM DEDISSE MILLIA PONDO UT SEIUS INSULAM FULCIRET, NEC FULSIT, SEIUM CONDEMNA*».

<sup>20</sup> I. 4.6.28 '*actionum autem quaedam bonae fidei sunt [...] bonae fidei sunt haec [...] praescriptis verbis quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competii*'.

<sup>21</sup> Tra i tanti ci limitiamo a segnalare AZO, *Summa* cit., (*In IIII librum Codicis. De commerciis & mercatoribus* 7, 12, 16) 451 s.; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus*, Aurelianae 1626, (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 5. § 3*) 651; R. BACOVIVS, *Tractatus de actionibus*, Francofurti 1657, (*Disputatio VI. De actionibus bonae fidei et stricti iuris. Thesis VIII*) 9 ss.; W. CURTIUS, *Dissertatio inauguralis* cit., 9 ss.; in senso contrario, per il riconoscimento del carattere di buona fede ad ogni applicazione dell'azione, F. HOTOMANUS, *Coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreamum 1575, 191 s., con un punto di vista che non seppe però conquistare consensi, rimanendo pressoché isolato, nonostante l'argomento non privo di pregio dell'affinità che tali *conventiones* presentavano con la categoria dei contratti (non solo consensuali) di buona fede; significativo il giudizio negativo espresso da H. VULTEJUS, *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas Commentarius*, Marpurgi 1598, 788: «*solus Hotomannus omnem actionem praescriptis verbis dicit esse bonae fidei*». Per ulteriori indicazioni in proposito *infra* nt. 78.

<sup>22</sup> In questo senso («*Diese [...] ex precario ist die dritte act. praescr. verbis dieser Art*») E.C. WESTPHALS, *System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Ver-*

vissimo interesse<sup>23</sup> e non pochi contrasti vi erano, anche allora, sull'origine del nome.<sup>24</sup> Non vi era però alcun dubbio sul fatto che ci si trovasse in presenza di azione civile<sup>25</sup> e non edittale (Cels. 8 *dig.* 19.5.2 [...] *cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*), ancorché costruita sull'esempio di schemi processuali tipici: di qui la qualifica di *actio utilis* o *ad exemplum (actionis directae)* attribuita dagli stessi autori all'azione.<sup>26</sup> Decisive, da

---

*jährung*, Leipzig 1788, (§ 109) 95 s.; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Erster Band*, Leipzig 1840, (§ 4), 6 nt. a n. 12; per la natura di buona fede, ovviamente (nt. prec.), F. HOTOMANUS, *Coniectura de perscriptis verbis* cit., 192. Sul brano ulpiano vd. *infra* cap. III § 3.1.

<sup>23</sup> Da questo punto di vista non è senza significato ed è anzi assai emblematica la decisione di A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus*. L. 1), 643 s., di aprire la trattazione sull'*a.p.v.* muovendo proprio dalla questione assai dibattuta dell'origine del nome dell'azione («Praecipua totius huius tractatus difficultas in eo consistit, ut sciamus, unde nomen hoc descendat [...]»).

<sup>24</sup> Per una relazione tra *praescripta verba* e il c.d. 'praescriptum conventionis' sotto la suggestione della denominazione bizantina dell'azione ('ἡ περὶ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων ἀγωγὴ'), vd. J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus tertius*, Prati 1837, (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454; un'interessante rassegna critica delle varie proposte sino ad allora avanzate può trovarsi in F. HOTOMANUS, *Coniectura* cit., 145 ss., ove si azzarda l'ipotesi che il nome corretto dell'azione fosse piuttosto *perscriptis verbis*, ad evidenziare la necessità di procedere, in assenza di apposito *nomen actionis*, attraverso una dettagliata descrizione del fatto fondativo della pretesa (*res gesta*) mediante *verba* scritti per esteso («plenis & integris verbis») e dunque senza il ricorso alle consuete, quanto insidiose, sigle abbreviative («notis & signis»); sulla questione si veda anche U. HUBER, *Praelectionum juris civilis tomi tres secundum institutionum et digesta Justiniani. Tomus II. Liber XIX. Tit. V. De praescriptis verbis & in Factum actionibus*, Maceratae 1838, 536 n. 2 (b); O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 374 ss.; I.M. BRANDES, *Dissertatio juridica* cit., XXI; E. MERILLIUS, *Dissertatio in libros tres ex Cujacio. Caput XXIX. Unde ea actio praescriptis verbis dicta sit*, Neapoli 1720, 228; W. CURTIUS, *Dissertatio* cit., 7 s.; ulteriori indicazioni possono trovarsi in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 158 ss.

<sup>25</sup> J.J. WISSENBAACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII.13*) 449; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 966 ss.; N.H. GUNDLING, *Ausführlicher und gründlicher Discourse über Die sämtlichen Pandekten*. Vol. 3, Frankfurt und Leipzig 1739, (*Libri XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis & in factum Actionibus*) 1253.

<sup>26</sup> Il punto di vista della dottrina più antica si trova efficacemente rappresentato in A. ALCIATUS, *Ad rescripta Principum Commentarii*, Lugduni 1537, (*In Cod. Iustiniani ad transactionem. Quum mota*) 304: «actio praescriptis verbis [...] semper utilis dici potest, nempe aliarum actionum respectu, quae ordinariae sunt, & quas ipsa praescriptis verbis actio imitatur»; J. CUJACIUS,

quest'ultimo punto di vista, erano le suggestioni derivanti dalla lettura di

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.4: [...] *praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

testo, su cui avremo certamente modo di tornare,<sup>27</sup> e che aveva condotto alle medesime conclusioni già gli interpreti bizantini che in Bas. 20.4.5 avrebbero ancora più efficacemente evidenziato il carattere imitativo (ὀμιωμένη μίμηση) dell'azione, come del resto, sul piano sostanziale, ad imitazione dei contratti tipici si sarebbero posti quelli innominati.<sup>28</sup>

---

*Recitationes solennes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus septimus*, Prati 1839, 1316: «Omnis [...] actio praescriptis verbis est comparata ad exemplum civilis [...] verum non est directa civilis: igitur est utilis tantum, quoniam exemplo civilis est tantum introducta»; F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber II. Sectio I.* cit., *Caput VIII. De qualitate actionis praescriptis verbis. Nn. 1-3*, 190 s.; J. D'AVEZAN, *Contractuum liber prior*, Aureliae 1644, *Caput VII*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus Juris civilis et Canonici continens varia et rarissima optimorum interpretum in primis Hispanorum et Gallorum opera. Tomus quartus*, Hagae-Comitum 1752, 18: «datur Civilis Actio [...] quae dicitur utilis, quia ut docet Paulus in *l. naturalibus 5. D. de praescript. verb.* datur ad instar, ad exemplum Actionis directae, quae competit ex contractu certo, nominato»; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXIII*) 1737 nt. γ): «Vocatur etiam *Utilis actio* [...] quia comparata est ad instar directae actionis ex contractibus nominatis»; non diversamente, ancora nel XIX sec., C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156, su cui vd. *infra* nt. 81.

<sup>27</sup> Vol. II, cap. IV §§ 2, 2.1.

<sup>28</sup> Così ad es. BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. Lex V*), 418: «nota, quod contractus innominatus, & actio quae ex eo oritur, datur ad similitudinem contractuum nominatorum»; J. CUJACIUS, *In lib. XXVII Quaestionum Papiniani. Ad l. VIII de praescriptis verbis*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus quartus*, Prati 1837, 1372: «datur ex negotiis, sive contractibus, qui civiles contractus imitantur, ut *do ut des*, imitatur emptionem venditionem: *do ut facias*, locationem et conductionem: *facio ut facias*, imitatur mandatum: *facio ut des*, quia non imitatur civile negotium, ex eo articulo etiam non datur actio praescriptis verbis»; in termini che lessicalmente si riferiscono più al profilo regolamentare (*natura contractus*), sempre nel presupposto però di una affinità funzionale, A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L. 17 § 2*) 673: «Contractus [...] imitantur tamen naturam contractuum nominatorum, ad quorum similitudinem accedunt». Sulla questione vd. anche vol. II, cap. V § 1.1.

Bas. 20.4.5 (Hb. II 380 = Schelt. A III 1009): Ἄπο δὲ τοῦ συμφώνου, ποιῶ, ἵνα ποιήσης,<sup>29</sup> [...] χώρα τῆ περὶ τοῦ προγεγραμμένου συμφώνου ἀγωγῆ μιμουμένη τὴν ἐντολήν [...]

Era inevitabile che l'omologazione di soluzioni processuali portasse a una omologazione delle sottostanti dottrine sostanziali. Al più si era disposti ad ammettere modeste divergenze di opinione su singoli punti, ma non certo più ampi e profondi contrasti sulla possibilità stessa di riconoscere una tutela propriamente contrattuale in relazione a vicende negoziali per le quali non fossero approntati specifici rimedi a livello edittale o comunque sul tipo di tutela in genere ad esse accordata (*actio in factum praetoria, civilis*). Non vi era dunque motivo per imputare a Giuliano un atteggiamento restrittivo, in dissenso con le vedute aristoniane in materia. Non appariva peraltro ciò coerente con

Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3: *in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt*

brano notissimo,<sup>30</sup> in cui il giurista adrianeo mostrava di fare larghissimo uso dell'azione contrattuale atipica<sup>31</sup> e anche prendendo spunto<sup>32</sup> dal quale si è cominciato a discutere in età intermedia di contratti innominati.<sup>33</sup> Poteva così an-

<sup>29</sup> Da preferirsi alla lezione di Schelt. A III 1009 Ἄπο δὲ τοῦ ἴσυνεφωνήσα ἵνα συμφωνήσης'.

<sup>30</sup> Per un'analisi della testimonianza vd. *infra* cap. III § 4.

<sup>31</sup> Che attraverso l'espressione *in quam necesse est confugere* Giuliano intendesse riferirsi all'*a.p.v.* era sostenuto, tra gli altri, da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 58 nt. 20; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 56; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 336.

<sup>32</sup> In proposito vd. J. D'AVEZAN, *Contractuum liber prior* cit., *Caput III*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 4 cit., 11: «Contractus, incerti scilicet & innominati, id est, quorum appellationes propriae nullae sunt Jure Civili l. 1. 2. & 3. D. de praescrip. verb.»; C. MAYNZ, *Cours de droit romain. Tome deuxième*,<sup>3</sup> Bruxelles-Paris 1870, 309 s. nt. 18; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain. Tome second*, Paris 1872, 557 nt. 1.

<sup>33</sup> Il primo impiego dell'espressione ('prescriptis verbis, que ex permutatione vel ex innominatis contractibus datur') è attestato, com'è noto, nel *De natura actionum* (codex Haenelii I. 8-9 riprodotto in H. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876, 118), interessante trattato la cui paternità è per lo più attribuita a Irnerio (Guarnerio), in base a una glossa all'*arbor actionum* di Giovanni da Bassiano contenuta nel ms. Erlang. n. 32 («Primo tractavit de natura actionum G. Postea Henri. Postea P. Quarto dilucide Jo»), richiamata da F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Vierter Band*, Heidelberg 1826, 59 s.: in

zi accadere che venisse attribuito a Giuliano il ricorso all'*a.p.v.* in contesti per i quali sembra oggi del tutto pacifico che ad essere concessa fosse piuttosto l'*a. in factum* pretoria, come nel caso di Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 e nel quale il giurista era impegnato nell'esame di una complessa ipotesi di *donatio mortis causa*.<sup>34</sup>

Quanto detto non deve naturalmente indurre a ritenere che l'uso della locuzione *actio in factum* per indicare l'azione pretoria in senso stretto risultasse sconosciuto agli autori più antichi. Si trattava al contrario di un impiego ben noto. Così come del resto ben noto era anche il ricorso che alla stessa azione erano soliti fare, anche in tema di *nova negotia*, i giuristi romani: non certo il solo Salvio Giuliano. Proprio in epoca intermedia, del resto, si era andata affermando la distinzione, che oggi tanta fortuna sta riscuotendo in dottrina, tra azioni *in factum* pretorie e azioni *in factum civiles*.<sup>35</sup> Decisive, da questo punto

---

favore dell'attribuzione a Irnerio (G.= Guarnerius) vd. M.A. VON BETHMANN HOLLWEG, *Der Civilproceß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Sechster Band. Der germanisch-romanische Civilproceß im Mittelalter. Vom zwölften bis fünfzehnten Jahrhundert*, Bonn 1874, 18 s.; in senso contrario H. FITTING, *Juristische Schriften* cit., 56 ss., spec. 60 ss., il quale si orienta piuttosto per una datazione assai più risalente, di epoca giustiniana se non addirittura pregiustiniana, con un punto di vista però modificato in ID., *Ueber neue Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaft im früheren Mittelalter*, in ZSS 7, 1886, 159 s. nt. 1, ove – prendendo spunto da M. CONRAT, *La glossa di Colonia alle Istituzioni*, in AG 34, 1885, 105 ss., («dicente Geminiano: quando mandatum [...]») – si propende per una identificazione con Geminiano, oscuro giurista del sec. XI: in proposito vd., con rilievi critici, J. FLACH, *Études juridiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, Paris 1890, 24; sulla questione vd. anche H. KANTOROWICZ-W.W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly Discovered Writings of the Twelfth Century*, Cambridge 1938, 223 ss.

<sup>34</sup> Per una identificazione dell'*a. in factum* con l'*a.p.v.* vd., ancora nel XIX sec., F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Vierter Band*, Berlin 1841, 256 e ivi nt. *f*; C.A. PELLAT, *Exposé des Principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*,<sup>2</sup> Paris 1853, 282 nt. 1. Per brevi indicazioni sul brano, del quale contiamo di occuparci in altra sede, vd. *infra* cap. II nt. 282.

<sup>35</sup> Si tratta di circostanza da tempo segnalata in dottrina: così ad es. A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum". Son caractère byzantin*, in *Mélanges H. Fitting* 1, Montpellier 1907, 38. Al riguardo vd. *infra* cap. III § 1.1. Per limitarsi a una snella elencazione si vedano in tal senso J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera* III cit., (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454 («Actionum in factum alia est praetoria, alia civilis»); F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliore leges. ff de Pactis. Libri tres*, Compluti 1586, 611; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber II. Sectio I.* cit., 184 s.; W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris brevissimis verbis. Primum usui privato collectum, jam verò multorum rogationibus publico dato à J.J. Schütz*, Francofurti 1679, 311 ss.; S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 966 ss.; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXIII*)1737 nt. 8); fra gli studiosi del XIX sec. vd. C.F. GLÜCK,

di vista, si erano rivelate le indicazioni contenute nel notissimo Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, testo chiave per lo studio del fenomeno del contrattualismo (atipico) romano, così come per la ricostruzione della posizione assunta in materia da Giuliano,<sup>36</sup> in cui il giurista concedeva l'azione pretoria a favore di chi, dopo aver manomesso un proprio schiavo, avesse subito l'evizione del servo ricevuto in cambio, con una soluzione che avrebbe attirato su di sé le critiche di Mauriciano e Ulpiano, partigiani piuttosto del ricorso all'azione civile.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: [...] *dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille* (scil. Mauricianus) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere* rell.<sup>37</sup>

Non meno prezioso in tal senso si rileverà, ma solo a partire dal XIX secolo, il ricchissimo quadro informativo consegnato alla comunità scientifica con la pubblicazione dell'amplissimo apparato di scoli inserito nel primo volume dell'edizione heimbachiana dei *Basilicorum Libri LX*, del 1832, destinata a soppiantare l'assai più scarna edizione fabrotiana del 1647.<sup>38</sup> Particolare rilievo in tal senso finirà per assumere lo sch. ΜΑΘΩΝ di Stefano a Bas. 11.1.7, al quale in definitiva può essere fatta risalire (in materia contrattuale) la prima esplicita articolazione delle *actiones in factum* in pretorie e *civiles*,<sup>39</sup> attraverso la contrap-

---

*Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 155 s.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 333.

<sup>36</sup> Si veda ad es. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. I. Papinianus libro 8. Quaestionum. Ad l. Nonnunquam. I.*) 645: «Sunt enim actiones in factum duplicis generis. Aliae civiles [...] aliae vero quae à Praetore solo dantur deficiente civili actione, quale esse putabat Iulianus [...] recte à Mauriciano & Ulpiano in eo reprehensus».

<sup>37</sup> Al riguardo vd. cap. II §§ 1 ss.

<sup>38</sup> C.A. FABROTUS, ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ ΒΙΒΛΙΑ Ε΄. ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ *Libri LX. in VII. tomos divisi*, Parisiis 1647. Una valida sintesi delle vicende editoriali dei basilici sino alla prima metà del secolo XIX, con utili riferimenti alla relativa tradizione manoscritta, può trovarsi in C.E. ZACHARIAE, *Historiae juris Graeco-Romani delineatio. Cum appendice ineditorum*, Heidelbergae 1839, 46 ss.

<sup>39</sup> Analoga contrapposizione si trova, com'è stato da tempo segnalato in dottrina, anche nello sch. Τοῦ Ἀγιοθεοδώριτου. Ἡ παροῦσα ἀγωγή a Bas. 60.13.1.2 (Hb. V 540 = Schelt. B VIII 3453), τῶν ἱμφάκτων αἱ μὲν εἰσι πολιτικά, ὡς ἢ ἐν τῷ δ΄ τιτ. του κ΄. Βιβ. πολιτικῆ ἱμφακτος ἢ πραεσκριπτis βέρβις [...] αἱ δὲ πραιτωρία, ὡς αἱ πᾶσαι σχεδόν (trad. Hb. VI 540: «actionum in factum quaedam sunt civiles, ut civilis in factum actio praescriptis verbis

posizione tra il modello (giuliano) della *πραϊτωρία ἰμφάκτουμ ἀγωγή* e quello (aristoniano) della *πολιτικὴ ἰμφάκτουμ ἀγωγή*.<sup>40</sup>

in tit. 4 lib. 20 [...] *quaedam praetoriae, ut fere omnes*): in proposito vd. P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 11. Anche questo scolio non è però presente nell'edizione fabrotiana (vd. C.A. FABROTUS, *ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ* cit., *Tomus VII*, 377).

<sup>40</sup> Assente nell'edizione fabrotiana del 1647 (C.A. FABROTUS, *ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ* cit., *Tomus I*, 752 s.), lo scolio venne pubblicato per la prima volta nell'edizione heimbachiana, attingendo al *codex Coislin*. 152. Il primo attento esame del brano di Stefano si deve a C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 335 nt. 10, 336 nt. 15, 338 ss.; un mero richiamo si trova in K.A. VON VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen. Dritter Band. (Fünftes Buch: Die Obligationen)*, Marburg-Leipzig 1847, (§ 599) 244; sempre sullo scolio, in aggiunta al già citato P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ* 2 cit., 25 ss., ci limitiamo qui a rinviare a I. ALIBRANDI, *Dell'utilità che arrecano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scolasti de' basilici* (Dissertazione letta nell'Accademia romana di Archeologia, 1865), ora in *Opere giuridiche e storiche*. Vol. 1, Roma 1896, 59 s.; ID., *Delle azioni utili e dirette*, in *Giornale di giurisprudenza teorico-pratica* 1, 1870 = *Opere* 1 cit., 158; A. PERNICE, *Parerga* 3. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS* 9, 1888, 256 nt. 3; C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio*, in *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma 1888, 88, ora in E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, 148 ss., ove peraltro si avanza l'ipotesi dell'impiego, da parte di Stefano, di un «antico commentario scolastico ai libri di Ulpiano *ad Edictum*», il cui anonimo autore sarebbe in più occasioni citato dal giurista bizantino genericamente come «ὁ παλαιός»; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 30; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, 76 e ivi nt. 45; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano I*, Torino 1992, 241; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 138 nt. 513; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997, 44; ID., *L'actio in factum civilis*, in *IVRA* 57, 2008-2009, 17 ss.; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta in diritto romano*, Trento 2011, 369 ss.; ancora più recentemente F. LOMBARDO, *Studi sulla «stipulatio» e azioni stipulatorie nel diritto giustiniano*, Milano 2020, 109 ss. La stessa testimonianza, assumerà un ruolo centrale ai fini della ricostruzione della struttura formulare dell'*a.p.v.*, andando a incidere in profondità sul dibattito che aveva tenuto impegnati gli studiosi, i quali sino ad allora avevano potuto giovare delle informazioni contenute nella *Synopsis legum* di Psello edita per la prima volta nel 1632, per nulla coincidenti e anzi con assai significative differenze in relazione alla questione oggi assai dibattuta dell'individuazione della sede del programma di giudizio in cui avrebbe dovuto trovarsi la *narratio rei*, leggendosi qui «ἔν δέμοστρατίωνι» (sic) anziché «ὡς ἐν δέμονστρατίωνι», secondo quanto attestato nello sch. Μᾶθῶν. Si veda appunto M. PSELLUS, *Synopsis legum, versibus iambis et politis cum latina interpretatione et notis Francisci Bosqueti narbonensis icti selectisque observationibus Cornelii Siebenii*, Lipsiae 1789, vv. 1016 ss. (p. 108 s.) «Καὶ δίδωσιν ἐναγωγὴν τὴν πρᾶεσκρίπτις βέρβις, Ἡ ἐν δέμοστρατίωνι τὸ πρᾶγμα διηγεῖται rell'. Per una derivazione

Sch. Μαθῶν a Bas. 11.1.7 (HB I 559 = Schelt. B I 188): 'δὸς τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πολιτικὴν [...] ὁ μὲν Ἰουλιανός, ἔχω, φησὶν, τὴν ἰμφάκτουμ τὴν πραιτωρίαν [...] ἐπὶ γὰρ τῶν συναλλαγμάτων οὐ πραιτωρία ἰμφάκτουμ, ἀλλὰ πολιτικὴ δίδοται ἀγωγή [...] καλῶς εἶπον, ὅτι, ἐπὶ συναλλάγματος οὐ δίδοται πραιτωρία ἰμφάκτουμ ἀγωγή'.

D'altra parte, proprio grazie a Ulp. 4 *ad ed.*, vi era piena consapevolezza sulle implicazioni che sarebbero derivate dal ricorso all'uno o all'altro dei due diversi modelli processuali, sul piano della configurazione dogmatica da assegnare a tali rapporti. In particolare, non sussisteva alcuna incertezza sul fatto che la concessione dell'azione pretoria equivalesse a un mancato riconoscimento del contratto.<sup>41</sup> Lo si desumeva inequivocabilmente, ancora una volta, dalle parole con cui Mauriciano riprendeva a distanza di tempo il suo ben più autorevole predecessore:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: *ille* (scil. Mauricianus) *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit rell.*

I casi che, al pari Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, documentavano l'impiego dell'azione *in factum* pretoria erano dunque da ritenersi ipotesi eccezionali, giustificate dalla specificità delle singole vicende negoziali, in cui le ragioni del mancato ricorso all'azione contrattuale erano per lo più da ricercare nell'impos-

---

della *Synopsis* dallo scolio di Stefano vd. P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 25. Più in generale sul giurista bizantino e sul manuale dedicato all'imperatore Michele Ducas vd. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453. Tome deuxième*, Paris 1844, 140 s.; ID., *Historie cit., Tome troisième*, Paris 1847, 209 ss.

<sup>41</sup> In questo senso vd. F. HOTOMANUS, *Commentarius in Titt. Cod. de pactis & de Transactionibus. Eiusdem coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreanum 1575, 162: «Iulianus in factum actionem a Praetore dandam existimabat, quasi civile negotium illud non fuisse: neque synallagma contractum»; punto di vista che si andò naturalmente rafforzando a seguito del rinvenimento del manoscritto veronese: in proposito vd. PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien. Dritte Folge. (Schluß)*, in ZCP 5, 1848, 121: «Diese Klagen nämlich waren in *jus conceptae*, setzten also eine civilrechtliche Obligation voraus [...] ganz anders als bei den prätorischen in factum actiones».

sibilità di rinvenire un'affinità analogica con schemi contrattuali tipici,<sup>42</sup> in assenza della quale venivano d'altra parte meno gli stessi presupposti perché si potesse procedere alla concessione dell'*a.p.v.*, il cui programma di giudizio non poteva prescindere dall'individuazione di un modello processuale di riferimento da adattare al caso specifico, trattandosi, come si è detto, di *actio utilis*.<sup>43</sup>

## 2. Gli studi sul contratto romano all'indomani del rinvenimento del manuale gaiano. Da Eduard Gans agli studi di Callixte Accarias.

Si è già accennato che su tale impostazione aveva significativamente pesato il quadro fortemente lacunoso in termini di informazioni sul processo formulare, nel quale erano costretti a muoversi i primi interpreti<sup>44</sup> e al quale si è potuto ovviare solo grazie al rinvenimento del manoscritto veronese, che in questo, come in altri settori, ha indubbiamente rappresentato un significativo momento di svolta.<sup>45</sup>

A differenza però di quanto sarebbe lecito attendersi, i riflessi derivanti dalle maggiori cognizioni acquisite per il tramite del manuale gaiano non furono affatto così immediati, benché sia certamente in quegli stessi anni che per la prima volta verrà messa in discussione l'idea di un atteggiamento fondamentalmente unitario da parte della giurisprudenza. Ciò si deve a un'interessantissima ricerca di Eduard Gans apparsa appena un anno prima che venisse consegnata alle stampe l'*editio princeps* delle istituzioni di Gaio del 1820, affidata alle cure di Göschen.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Vol. II, cap. V § 1.1.

<sup>43</sup> In proposito vd. *supra* nt. 26.

<sup>44</sup> I quali, com'è noto, attingevano le principali informazioni, oltre che naturalmente dal *Corpus iuris*, dal prezioso *corpus* ciceroniano: non priva di interesse risulta, da questo punto di vista, la lettura di F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. VIII ad edictum*, in *Opera Omnia quae in hunc usque diem edita extant in Iure Civili, Ab ipso demum Auctore recognita atque aucta*, Lugduni 1558, 44.

<sup>45</sup> Per una giusta evidenziazione del rilievo assunto in materia dal ritrovamento del manuale gaiano vd. già A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 38 s. Sulle vicende legate al rinvenimento del manoscritto da parte di Niebuhr si rinvia al dettagliato resoconto di M. VARVARO, *Der 'Glücksstern' Niebuhrs und die Institutionen des Gaius. Deutsch-italienische Wissenschaftspolitik im frühen 19. Jahrhundert*, Heidelberg 2014.

<sup>46</sup> Sulle vicende editoriali delle istituzioni si veda U. MANTHE, *Gaio il Veronese e gli editori*, in *AUPA* 57, 2014, 353 ss.

È allo studioso tedesco che va infatti attribuito il merito di aver sottoposto a un severo vaglio critico l'insegnamento dei primi interpreti, mettendo in risalto la diversità di vedute tra Sabiniani e Proculiani in tema di contratti innominati, in una prospettiva che andava ben oltre il singolo e isolato caso della permuta e che assumeva piuttosto i contorni di un più generale contrasto di ordine metodologico, in cui si confrontavano i (non poi così)<sup>47</sup> diversi modelli argomentativi dell'analogia e dell'assimiliazione,<sup>48</sup> secondo schemi logico-operativi che sarebbero stati più tardi riassunti nella ben nota contrapposizione tra analogisti (Proculiani) e anomalisti (Sabiniani), con cui si era ritenuto, non senza fraintendimenti,<sup>49</sup> di poter trasferire sul terreno del diritto una querelle metodologica maturata in ambito grammaticale che aveva visto contrapporsi anomalisti pergameni e analogisti alessandrini.<sup>50</sup> Non era certo l'unico elemento di novità. Per certi versi ancor più significativa era la nuova prospettiva che era stata indicata in materia di perfezionamento delle vicende contrattuali atipiche, con la quale si pretendeva di mettere in discussione un indirizzo interpretativo plurise-

<sup>47</sup> In proposito vd. *infra* cap. II § 7.

<sup>48</sup> E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181 ss.: «Capito und seine Schüler bleiben beim Alten, bei den einmal hergebrachten Klagen, und suchten lieber in etwas abweichenden Fällen, den Begriff derjenigen Klage, welche schon da war, zu erweitern [...] Labeo dagegen und seine Schüler gingen von diesem Ausdehnen der bestehenden Klagen ab, und ertheilten lieber, ad analogiam die vorhandenen Klagen, eigne actiones in factum civiles».

<sup>49</sup> Rilievi critici si trovano già in O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Band. Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig 1885, 1030 s.; E.I. BEKKER, *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, in ZSS 6, 1885, 75 s.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, 142 nt. 9; sempre per una valutazione critica rinviamo al nostro G. ROMANO, *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014, 59 s. ntt. 132 e 133.

<sup>50</sup> Così, anche sotto la suggestione di Gell. 13.10 e Fest., v. *poenatis*, M. SCHANZ, *Die Analogisten und die Anomalisten im römischen Recht*, in Philologus 42, 1884, 309 ss.; uno spunto in tal senso può rinvenirsi già in F.D. SANIO, *Varroniana in den Schriften der römischen Juristen, vornehmlich an dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht*, Leipzig 1867, 266 ss.; sulla questione, e nel senso di una simpatia labeoniana per le posizioni dei grammatici analogisti che avrebbe portato il giurista ad adottarne spunti e metodi in sede di organizzazione ed articolazione del sapere giuridico, vd. P. STEIN, *The relation between Grammar and Law in the early Principate. The Beginnings of Analogy*, in *Atti del II Congr. intern. della Società it. di storia del dir.*, Vol. II, Firenze 1971, 757 ss.; ID., *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in BIDR 19, 1977, 60; ID., *Le scuole*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano da Augusto agli Antonini. Atti del Seminario di S. Marino (12-14 gennaio 1995)*, Torino 1996, 7 s.

colare che sino ad allora aveva costantemente predicato un inquadramento dei c.d. contratti innominati (o *incerti*, come erano soliti dire gli interpreti di un tempo),<sup>51</sup> all'interno dello schema dell'*obligatio re contracta*,<sup>52</sup> per prospettare

<sup>51</sup> Così, soprattutto in base a Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9 pr.: *Certi conditio competit ex omni causa, ex omni contractu, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto*. In questo ordine di idee vd. già J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae*, in *Opera* III cit., (*Notae ad Lib. XIX digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus*) 454 s.; interessante in proposito F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia* cit., 40, ove la stessa prospettiva viene adattata al profilo processuale in modo da evidenziare le ragioni che portano a qualificare l'azione come '*incerta*': «Eadem ratione incerta quoque actio, sive iudicium incertum appellari solet, quia videlicet nec certo designatur nomine, nec certa, solennique, formula continetur»; nello stesso ordine di idee di Duareno vd. H. VULTEJUS, *In Institutiones* cit., 788; J. D'AVEZAN, *Contractuum liber* cit., in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus* 4 cit., (*Caput X*) 23; G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Editio tertia. Caput IX*, in *Opera omnia recognita, aucta, emendata, multis in locis atque in duos tomos distributa*, Lugduni Batavorum 1735, 504; A. ERXLBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 185 («quoniam eius formula non erat usitata, solemnibus & certa [...] dicitur incerta non ratione rei [...] sed ratione formulae»). Tra gli studiosi del XIX sec., l'idea di una denominazione tecnica fa presa su C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 79; ancora dopo il ritrovamento delle istituzioni gaiane, A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827, 68; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 350 s.; W. REIN, *Das Privatrecht* cit., 648: «Solche Verträge nannte man *contractus incerti*»; L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und heutigem Rechte*, in *Abhandlungen aus Pandekten-Rechte*, Erlangen 1840, 272; P. VERNET, *Textes choisis sur la Théorie des obligations en droit romain. Conférence pour le doctorat professée dans le second semestre de l'année scolaire 1863-1864 a la Faculté de droit de Paris*, Paris 1865, 99; così ancora (come vedremo) C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris 1866, 24; un'apertura in tal senso anche in C. MAYNZ, *Cours* 2<sup>3</sup> cit., 310 nt. 18. Più in generale, per una presa di posizione fortemente critica al riguardo, vd. E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 171; rilievi anche in V. DEVILLA, *Actio incerti*, Catania 1932, 10; sul punto vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petitur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, 76 s., con proposta di identificare, anche sulla scorta dello sch. ἀπὸ πάσης αἰτίας (Ὁ κέρτος κωνδικτικτος) di Cirillo a Bas. 23.1.9 (Hb. II 594 s. = Schelt. B IV 1510) il *contractus incertus* con il «contratto sottoposto a condizione»; in senso contrario e per una svalutazione dello scolio in questione (che si muoverebbe anzi in una direzione opposta) vd. M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 151 s., per il quale tale interpretazione potrebbe semmai valere per Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.6, dall'autore giudicato però di conio bizantino; ID., *Obligatio re contracta: la prospettiva processuale*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA (a cura di), *Ravenna Capitale. Localizzazione e tracce di atti negoziali*, Santarcangelo di Romagna 2020, 138.

<sup>52</sup> In questo senso, ad es., vd. G. FRANTZKIUS, *Commentarius in viginti et unum libros pandectarum juris civilis priores, in quorum extremo utilis sed difficilis materia evictionum resolvitur & per*

piuttosto un'appartenenza allo schema dell'*obligatio consensu contracta*.<sup>53</sup>

Ancorché per molti aspetti fortemente innovative, le idee di Gans da altro punto di vista non si discostavano più di tanto dall'insegnamento tradizionale, per lo meno non per ciò che riguarda il tema qui in esame. Occorre innanzitutto tenere presente che, da un punto di vista processuale, la disputa tra Sabiniani e Proculeiani avrebbe posto i giuristi delle due scuole di fronte all'interrogativo se procedere attraverso una semplice estensione dell'ambito applicativo delle azioni edittali o piuttosto per il tramite di una loro applicazione in via utile (o per analogia), mediante l'inserimento di appositi *praescripta verba* all'interno della struttura ordinaria dei relativi programmi di giudizio:<sup>54</sup> sempre, dunque, per mezzo di meccanismi di tutela di *ius civile*, che come tali avrebbero in entrambi i casi assicurato una piena appartenenza dei *nova negotia* alla categoria del contratto. Nulla a che vedere, dunque, con l'alternativa tra *a.p.v.* e *a. in factum* che sarebbe stata in seguito prospettata in dottrina, e che nelle intenzioni di chi l'avrebbe proposta lasciava piuttosto intravedere una certa affinità con l'area dell'illecito (extracontrattuale), per le ipotesi, ovviamente, in cui trovasse applicazione l'azione pretoria.

Si deve in più considerare che, sempre secondo Gans, tale contrasto sarebbe in ogni caso giunto a soluzione, col prevalere delle tesi proculeiane, già all'epoca

---

*modum iusti tractatus exhibetur. Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione*, Argentorati 1644, 643; S. STRYKIUS, *Tractatus de actionibus* cit., (*De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § 1) 147 s. («omnes contractus innominati reales dicuntur»); W.A. LAUTERBACH, *Compendium juris* cit., 35, 305; J.H. HERMANN, *Einleitung zu den Actionibus Forensibus oder Gerichtlichen Klagen*, Leipzig 1737, 637; A.F.J. THIBAUT, *System* 1 cit., 112 s.; F. MACKELDEY, *Lehrbuch der Institutionen* cit., 671; TH.M. ZACHARIÄ, *Institutionen des Römischen Rechts nach der Ordnung der Justinianischen Institutionen ausgearbeitet*, Breslau 1816, 690; ancora C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 77, 90 («[...] Realcontracte, von denen die unbenannten Contracte eine Species sind»).

<sup>53</sup> E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 171 («die Stellung dieser Obligationen zu den Realcontracten ein Widerspruch in sich selbst ist»), 190 («das von der einen Seite Geleistete nicht die actio praescriptis verbis bewirkte, sondern vielmehr die zweiseitige Uebereinkunft, daß der Andere leiste»). In verità non mancarono timide aperture in tal senso già tra gli autori di diritto comune. Si trattò però di posizioni isolatissime. A tal fine venivano invocati: *l. cum mota* 6. C. de transactionibus (= C. 6.4.1), *l. solent*. 15 ff. de praescriptis verbis (= D. 19.5.15), *l. 3 § 4 ff. de cond. ca. dat.* (= D. 12.4.3.4): in proposito, e per una riaffermazione del principio che richiedeva un *implementum re* ai fini della costituzione del vincolo obbligatorio, vd. A. VINNIUS, *De pactis* cit., 75 ss.

<sup>54</sup> E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181 s., su cui vd. *supra* nt. 48; per un più opportuno ridimensionamento della latitudine del ricorso, da parte sabiniana, alle azioni edittali tipiche in tema di *nova negotia*, occorrerà attendere le successive indagini di Accarias e Pernice.

di Adriano, se non addirittura prima, in termini che avrebbero portato a un impiego generalizzato dell'*a.p.v.*<sup>55</sup> Alla stessa azione avrebbe fatto del resto regolarmente ricorso anche Giuliano, non senza qualche eccezione naturalmente: come nell'ipotesi più volte richiamata di Ulp. 4 *ad ed.*, in cui all'*a.p.v.* sarebbe stato preferito l'impiego di un'*actio in factum* pretoria.<sup>56</sup> Eccezioni che d'altra parte non potevano dirsi assenti neppure nell'operato di altri giuristi, compreso lo stesso Aristone, che pure era considerato l'ideatore dell'innovativa dottrina sinallagmatica. Si pensi al diniego dell'azione civile attestato nel notissimo<sup>57</sup>

D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollere: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Ci troviamo di fronte a una ricostruzione complessiva che, almeno per quanto riguarda la posizione del nostro giurista, non si allontana dall'orientamento sino a quel momento imperante. Per certi versi sembra andare anzi decisamente oltre, se solo si considera che l'autore arrivò a ipotizzare un ripensamento da parte di Giuliano rispetto alla soluzione indicata in Ulp. 4 *ad ed.*, che avrebbe portato il giurista adrianeo a fare proprio il punto di vista del suo censore, Mauriciano, finendo così per concedere anch'egli l'azione civile al contraente evitto.<sup>58</sup> Con un'ipotesi che risulta però nel complesso poco verosimile e che mirava a mettere in armonia il brano ulpiano con altra ben nota testimonianza paolina, in cui per la stessa vicenda veniva attribuita a Giuliano la concessione dell'azione contrattuale atipica, in un quadroolutivo peraltro più ampio e articolato, che prendeva egualmente in considerazione il ricorso all'*a. de dolo*:

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2: [...] *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is in quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <civillem>.*

---

<sup>55</sup> E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 185 («Die Zeit zwischen Augustus und Hadrian scheint überhaupt die Zeit der allmählichen Ausbildung der *actio praescriptis verbis* gewesen zu sein»).

<sup>56</sup> Così appunto E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 184 s. nt. 9.

<sup>57</sup> Sul brano vd. vol. II, cap. V § 7.

<sup>58</sup> In proposito vd. vol. II, cap. IV § 3.2.

Sotto il peso delle dure critiche mosse da una dottrina<sup>59</sup> che non aveva certo apprezzato i toni aspri e a tratti sprezzanti adoperati da Gans già nel titolo con cui si apriva la trattazione relativa ai c.d. contratti innominati (*Ueber die fabelhafte Lehre von den Innominatcontracten, und dem jus poenitendi*), e ai quali aveva risposto con altrettanta durezza,<sup>60</sup> non molto rimase dei risultati raggiunti dallo studioso tedesco, anche con riferimento alla questione della varietà di indirizzi metodologici seguiti dai giuristi romani.

La strada era stata comunque segnata e più di un autore provò a percorrerla. Si trattò però, per lo più, di poche e fugaci prese di posizione,<sup>61</sup> anche se non del tutto prive di interesse: talvolta anticipatrici delle nuove linee di ricerca che di lì a poco si sarebbero andate più saldamente delineando.<sup>62</sup>

Tra tutte, merita certamente di essere ricordata quella di August Wilhelm Heffter,<sup>63</sup> il quale, se non ci inganniamo, fu il primo ad aver avanzato l'ipotesi di un contrasto di scuola che avrebbe visto i Sabiniani refrattari alla possibilità

---

<sup>59</sup> C.F. MÜHLENBRUCH, Rec. a E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten und jus poenitendi*, in *Heidelberger Jahrbucher der Literatur* 14, 1821, 70 ss.; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 57 ss.; C.G. WÄCHTER, *Doctrina de conditione causa data causa non secuta in contractibus innominatis*, Tubingae 1822, 19 ss.; L.A. WARNKÖNIG, *Commentarii juris romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati. Tomus secundus*, Leodii 1829, 327 nt. 3.

<sup>60</sup> Vedi in proposito il severo giudizio («Titel und Inhalt sind gleich dictatorisch») espresso da M. PÖHLS, *Versuch* cit., 12, la cui ricerca era peraltro espressamente rivolta (già a partire dal titolo: *Versuch [...] Hauptsächlich gegen Gans*) a una sistematica confutazione del lavoro di Gans.

<sup>61</sup> L'idea di un differente approccio metodologico fece comunque presa su S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis auf Justinian. III. Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829, 163 nt. 12; soprattutto su J. BACHOFEN, *De Romanorum iudiciis civilibus, de legis actionibus, de formulis et de conditione dissertatio historico-dogmatica*, Göttingae 1840, 262 ss., anche per il notevole risalto dato alla disputa che avrebbe visto i Sabiniani ricorrere all'estensione dell'ambito applicativo delle azioni tipiche piuttosto che all'*a.p.v.*: «Erant enim quidam [...] qui dilatandos potius nominatorum contractuum fines censerent, itaque vulgares actiones P. V. actioni praeferrent [...] Haec enim quaestio summi momenti erat [...] quamvis et antea jam diversas in jure opiniones exstitisse, dubitari non possit, attamen nullam umquam tanti momenti nullamque tantae magnitudinis usque ad Augusti tempora exstitisse quaestionem, quae sicut haec de P. V. actione ad separandas duas jurisconsultorum sectas valere potuit».

<sup>62</sup> L.B. BONJEAN, *Traité des actions ou exposition historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile chez les romains*,<sup>2</sup> Paris 1845, 39, 44 ss., con una presa di posizione che per certi versi sembra anticipare (come si vedrà) le conclusioni di Accarias. In proposito vd. *infra* nt. 100.

<sup>63</sup> A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79.

di riconoscere l'esistenza di nuove obbligazioni civili da tutelare mediante *a.p.v.* L'ipotesi, formulata nelle *Observationes* poste a commento del quarto libro delle istituzioni di Gaio (1827), traeva spunto dall'esigenza di spiegare l'assoluta assenza di riferimenti all'azione contrattuale atipica nel manuale gaiano da poco ritrovato. Tema, questo, che avrebbe tenuto a lungo impegnati gli studiosi e sul quale non poco avrebbe speculato la dottrina interpolazionistica.<sup>64</sup> La risposta fu per l'appunto che Gaio, così come i suoi precettori sabiniani, avrebbero concesso azioni *in factum* in senso stretto, e dunque meramente pretorie,<sup>65</sup> con una conclusione che induceva lo studioso a ritenere non genuino il riferimento all'*a.p.v.* che si legge in Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22,<sup>66</sup> relativamente a una vicenda certamente suscettibile di essere inquadrata nello schema locatorio, se non fosse per la decisione, assunta in quell'occasione dalle parti, di rinviare a un momento successivo la concreta quantificazione della somma di denaro da pagare a titolo di mercede, con una previsione che induceva il giurista a propendere per una valorizzazione del profilo di atipicità del rapporto negoziale (*quasi de novo negotio*), in adesione a un indirizzo interpretativo qui presentato, diversamente da Gai 3.143 (*quaeritur*), come consolidato (*placet*).<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> In proposito vd. M. PÖHLS, *Versuch* cit., 67 s.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts* 3, Leipzig 1846, 575; M. VOIGT, *Ueber die conditiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862, 463 nt. 426. Per un'enfaticizzazione dell'assenza di ogni traccia nel manuale gaiano vd. A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti et le synallagma* (D, 2,14,7), in RHD 34, 1957, ora in ID., *Études de droit romain*, Paris 1972, 194; tra gli studiosi più recenti l'assenza è segnalata da R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 64; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in IVRA 58, 2010, 96; per un ridimensionamento della questione si rinvia a M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 39; A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22: Gaio e il 'iudicium quasi de novo negotio'*, in TSDP 5, 2012, 2 nt. 1.

<sup>65</sup> Spiegazione che ha convinto più di un autore moderno. Tra questi segnaliamo C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in IVRA 21, 1970, 65 nt. 37.

<sup>66</sup> A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79 nt. 27: «ultima verba: *id est praescriptis verbis* certe a Gaio aliena et ab alio quodam adiecta sunt».

<sup>67</sup> Indipendentemente dalla soluzione in concreto adottata da Gaio (*a.p.v.* o *actio in factum* pretoria), non pare vi siano margini per ritenere che il giurista antoniniano si sarebbe qui limitato a documentare l'esistenza di un indirizzo interpretativo diffuso, da lui non necessariamente condiviso, per lo meno non se si presta fede all'attuale versione del brano del digesto. L'impiego dell'impersonale *placet*, unitamente all'assenza di precisazioni di natura critica, non possono che far pensare a una citazione adesiva: così, nella sostanza, anche E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22* cit.,

53, di cui, d'altra parte, non può seguirsi l'interpretazione soggettivizzante che l'autore vorrebbe attribuire alla forma verbale in questione (*placet*), allo scopo di risolvere il contrasto con Gai 3.143, ove la questione è presentata da Gaio come ancora dibattuta (*quaeritur*). Argomentando da Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17.2.6 e Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.1, ritiene che la soluzione qui prospettata dal giurista antoniniano riflettesse il solo punto di vista sabiniano, avendo piuttosto i giuristi di area proculiana ammesso «la possibilità di una determinazione successiva della *merces*», R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 246 ss.; da ultimo esclude un'adesione da parte di Gaio alla soluzione indicata nel brano del digesto G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in AUPA 58, 2015, 48 s. Dubbi sulla genuinità dell'impiego si trovano in F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano II*, Torino 1995, 220 ss. Più in generale sull'utilizzo della forma verbale *placet* vd. A. LOVATO, *Traditio e conventio nel settimo libro delle disputationes ulpianee*, in SDHI 67, 2001, 116 ss., ove si ammettono impieghi non adesivi, senza che vengano però forniti specifici esempi. Sulla testimonianza, e sui profili problematici che, come si è detto, essa pone in relazione al quadro informativo che si ricava da Gai 3.143, si rinvia, in aggiunta agli autori appena indicati, a P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 217 ss. Quanto all'inciso '*id est praescriptis verbis*' vd., per l'origine compilatoria e nel senso di un originario impiego dell'azione pretoria, E. BETTI, *Sul valore cit.*, 38; ID., *Istituzioni di diritto romano. Volume secondo. Parte prima*, Padova 1960, 326; F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 2, Napoli 1953, 311 s. e ivi nt. 11; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 173 s.; tra gli studiosi più recenti anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 221 ss.; così, con cautela, pure S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 201 s. Sospetti si trovano, in una prospettiva che tende però a difendere la genuinità sostanziale della decisione, in A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias* 1, Madrid 1988, 146; ID., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in SDHI 62, 1996, 528 s.; negli stessi termini M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 173; per la genuinità H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 463; un'apertura per l'impiego dell'azione contrattuale anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione: IVRA 36 (1985)*, in BIDR 92-93, 1989-1990, 736; non del tutto chiaro appare il punto di vista di P. KREMER, *Die Verhältnisse do ut facias und do ut des als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au-delà des frontières. Mélanges Wołodkiewicz* I, Varsovie 2000, 424 ss., il quale, pur difendendo la genuinità dell'inciso, argomentando peraltro (non si capisce come) da I. 3.24.1, non sembra mostrare dubbi sulla concessione di un'azione pretoria da parte di Gaio. Quello che l'autore prospetta, dunque, è un *iudicium in factum* integrato (parrebbe di capire) da *praescripta verba* descrittivi della fattispecie concreta, con una soluzione che (posta in questi termini) lascerebbe perplessi, non solo per le evidenti interferenze che verrebbero a crearsi tra i due segmenti del programma di giudizio, finendo entrambi per assolvere la medesima funzione, ma anche per il fatto che per tutta la trattazione precedente i *praescripta verba* erano stati piuttosto presentati, dallo studioso, come il tratto caratterizzante di un modello processuale predisposto secondo il diverso impianto dei *iudicia bonae fidei* (414).

Gai 3.143: [...] *qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Gai. 10 *ad ed. prov. D.* 19.5.22: [...] *quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

Si tratta di brani notissimi, e sui quali più tardi Gradenwitz sarebbe riuscito a imporre il dogma della natura postclassico-compileria dell'inciso *id est praescriptis verbis*,<sup>68</sup> andando così a suggellare quella che, a suo dire, sarebbe stata una felice intuizione di Gans,<sup>69</sup> ancor più apprezzabile, in quanto formulata quando non era ancora possibile avvalersi del prezioso raffronto testuale di Gai 3.143.

In poche righe si trovavano per la prima volta efficacemente condensati tutti gli elementi di quell'indirizzo dottrinale che era destinato a diventare dominante per buona parte del XX sec. e che ancor oggi riesce a far presa su un discreto numero di autori. Proprio per tale ragione non è ozioso leggere le parole dello studioso tedesco che colpiscono anche per il tono dell'affermazione finale, tanto perentorio («plus quam manifestum est») quanto in effetti non rappresentativo dello stato della dottrina dell'epoca: «Sed Gaium nostrum ipsiusque praeceptores totum hoc genus actionum praescriptis verbis ad novas obligationum civilium species accomodandarum improbase et ex his causis [...] simplices in fac-

---

<sup>68</sup> O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, 125; adesivamente A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 252 nt. 3; soprattutto, con ampia elencazione di esempi, F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis den Digesteninterpolationen*, in ZSS 11, 1890, 4 ss., che sviluppava così un semplice e brevissimo spunto presente in ID., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886, 18 e ivi nt. 1; H. APPLETON, *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir (Thèse pour le doctorat)*, Paris 1894, 252; C. FADDA, *I contratti speciali* cit., 192 («indice sicuro d'interpolazione»); di «etichetta usuale», in riferimento all'espressione *id est praescriptis verbis*, discuteva, ancora agli inizi degli anni '60, E. BETTI, *Istituzioni 2* cit., 326.

<sup>69</sup> Così, ma senza quella generalizzazione che avrebbe invece contraddistinto le conclusioni cui sarebbe più tardi approdato Gradenwitz, E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 186 («id est praescriptis verbis, scheint zu oft gar sehr deutlich ein Zusatz»).

tum actiones tantum admisisse, plus quam manifestum est».<sup>70</sup>

Se questo è ciò che sosteneva Heffter nel cap. XV. *De bonae fidei iudiciis*, di ben altro tenore erano però le affermazioni fatte poco prima dallo stesso autore nel precedente cap. XII. *De formulis actionum*, ove non solo non si rinveniva alcun cenno sulla polemica tra scuole prima richiamata, ma addirittura sembrava prospettarsi, in un quadro di sostanziale uniformità di indirizzo,<sup>71</sup> una più specifica continuità tra l'insegnamento labeoniano, che proponeva di procedere a un'estensione dell'ambito applicativo delle azioni edittali mediante un adeguamento (*praescriptis verbis*) del programma di giudizio, e l'atteggiamento successivamente tenuto dal giurista adrianeo.<sup>72</sup> Anche in questo caso vale certamente la pena riferire direttamente il pensiero dell'autore: «Atqui iam inde a Labeonis tempore non erat incerti iuris, iurisdictionem Praetoris etiam aliis causis applicari posse, de quibus nominatim non esset statutum idque Iulianus secutus est et Hadrianus ad edictum perpetuum confirmavit».<sup>73</sup>

In più, anche la posizione espressa su Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22 assumeva contorni ben differenti, attribuendosi al giurista antoniniano la concessione di un'*actio in factum praescriptis verbis*, sul presupposto dell'esistenza di un

<sup>70</sup> A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 79.

<sup>71</sup> Così («Non raro igitur in Digestis Labeonis sententiam laudatam videmus, actiones in factum dandas esse censetis, ubi actio ordinaria sive iuris civilis sive honoraria non teneret; item Proculi, Pomponii et Iuliani, quibus aliorum etiam Ictorum sententiae addi possunt») A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53 s., con la precisazione di carattere generale e senza alcuna caratterizzazione di scuola per cui «Neque vero omnino actiones, quae ex eiusmodi causis constituebantur, honorariae tantum erant [...] interdum iuris civilis intentionem habebant [...] Quod ipsum eveniebat, cum negotium quidem civile actum esset». Ipotesi per la quale, peraltro, lo studioso richiamava espressamente proprio Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3, su vd. *infra* cap. III § 4.

<sup>72</sup> Così («Alia causa earum in factum actionum erat, quas Praetor ex edicto generali *de praescriptis verbis* accommodare solebat, h. e. ex illo capite, quo edixerat, si singularis actio de negotio aliquo prodita non esset, ex quo tamen iustum aequumve videretur, proprium quoddam iudicium constitui, causa cognita formulam praescriptis verbis i. e. ad eam rem accommodatis verbis se daturum esse idque maxime obtinuit, si alia actio de simili quadam specie iam prodita erat, cuius exemplum ius dicenti sequi liceret. Atqui iam [...]») A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53, ove viene peraltro avanzata la congettura, rimasta senza seguito in dottrina, di un editto generale *de praescriptis verbis*, con il quale il pretore avrebbe assunto l'impegno di approntare appositi rimedi processuali aderenti alla concreta *res gesta (accommodatis verbis)* nel caso avessero dovuto rivelarsi inutilizzabili gli ordinari rimedi predisposti a livello edittale.

<sup>73</sup> A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 53.

(nuovo) *negotium civile*.<sup>74</sup> Il contrasto è a dir poco sorprendente, al punto che non è semplice trovare una giustificazione in grado di spiegare l'adozione di modelli ricostruttivi così differenti. Anche per questo, forse, l'intuizione di Heffter passò per lungo tempo sostanzialmente inosservata in dottrina.

Si resero necessari, in effetti, quasi cinquant'anni dalla pubblicazione del manuale gaiano, perché cominciasse a farsi gradualmente e più concretamente strada l'idea di un rifiuto dell'insegnamento aristoniano da parte di Giuliano. Si trattò inizialmente di semplici spunti, anch'essi destinati a non lasciare evidenti tracce nel dibattito successivo.<sup>75</sup> La vera prima occasione per una rivisitazione complessiva della dottrina allora imperante sarebbe stata offerta da un celebre corso di lezioni tenuto da Callixte Accarias, negli anni 1865-1866, presso la facoltà di diritto di Duoais, che ancor oggi rappresenta un importante punto di riferimento per quanti intendano occuparsi del tema del contrattualismo atipico e nel quale può dirsi già intrapreso quel processo di riflessione che negli anni a seguire avrebbe portato a una più profonda riconsiderazione della dottrina romana del contratto, nei termini in cui sarebbe stata consegnata al dibattito scientifico del '900.

Al di là delle conclusioni prospettate, non sempre soddisfacenti o sufficientemente limpide, non è comunque esagerato affermare che le indagini condotte

---

<sup>74</sup> Così «Ipse enim in l. 22 D. *de praescr. verb. exemplo novi cuiusdam negotii civilis proposito, iudicium simpliciter in factum, praescriptis verbis, dandum esse dixit*» A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 54, ove, in sostanza, si rimprovera unicamente a Gaio di non aver opportunamente evidenziato la natura civile dell'azione, secondo quanto avrebbero più convenientemente fatto Papiniano ed Ulpiano: «Accurate igitur, ut fere semper splendidissimus *Papinianus* scripsisse videtur, qui eiusmodi actiones *civiles in factum actiones* et *Ulpianus*, qui eas *civiles actiones praescriptis verbis* appellavit. *Gaius* autem noster in hoc discrimine exprimendo non tam subtiliter versatus est».

<sup>75</sup> In questo senso vd., ma in via del tutto incidentale, M. MASSOL, *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français*, Paris 1858, 30 s.; pochi anni prima che venisse consegnato alle stampe il lavoro di Accarias, il dubbio di un diverso atteggiamento di scuola era affiorato, con molta cautela, anche in F.L. KELLER, *Der römische Civilprocess und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*,<sup>3</sup> Leipzig 1863, 174 nt. 479, il quale traeva ancora una volta motivo di riflessione dal silenzio delle istituzioni gaiane; in termini invece assai netti (e che sembrano in larga misura costituire un'anticipazione di quello che sarebbe stato il successivo punto di vista di Pernice o, se vogliamo, un recupero delle posizioni tenute da Heffter nel cap. XV. *De bonae fidei iudiciis*) vd., negli stessi anni, P. VERNET, *Textes choisis* cit., 99 ss., 101 s. e ivi nt. 1, il quale, proprio riferendosi a Giuliano, affermava: «En premier lieu, il est Sabinien et n'admet dès lors pas l'existence de l'action *praescriptis verbis*»: ciò in una visione ricostruttiva che mostra però di ignorare del tutto il dibattito storiografico in materia.

dall'autore francese segnarono un significativo momento di transizione, anche per ciò che riguarda il dibattito storiografico in materia di *a.p.v.* Se si prescinde da singoli aspetti che devono ritenersi oggi a ragione del tutto superati, ultimo retaggio di una lunga e tenace tradizione nomenclativa di origine medievale che si ostinava a ricercare nel *nomen actionis* (*a. c. incerti*) un riferimento al *nomen contractus* (*contractus incerti*),<sup>76</sup> si può senz'altro affermare che è con Accarias che prende definitivamente e compiutamente corpo l'idea moderna, e non raramente fraintesa, di un'azione generale (*actio propria*) di buona fede<sup>77</sup> da causalizzare in concreto, che già da qualche decennio andava circolando in dottrina<sup>78</sup> e che era destinata a soppiantare il modello di un'azione *ad exemplum (utilis)*<sup>79</sup> e

<sup>76</sup> Vd. *supra* nt. 51. Per un riferimento delle qualificazioni dell'azione come *a. incerta*, *a. incerti*, *iudicium incertum* alla denominazione dei contratti innominati (*contractus incerti*) vd. appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 68 ss., ove si prendono le distanze da quanti suggerivano piuttosto, allora come oggi, una relazione con l'indeterminatezza della pretesa dedotta nell'*intentio*; analogamente P. VERNET, *Textes choisis* cit., 99 («*incerti* est pris ici dans le sens d'innomé [...] *Actio incerti civilis* veut donc dire action née d'un contrat innomé»).

<sup>77</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 61 ss., 71 ss.; negli stessi termini di lì a poco, richiamandosi a Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1 pr. e Cels. 8 *dig.* D. 19.5.2, anche A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, in *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 25, 1885, 451 («Beide aber behandeln die a. praescriptis verbis oder in factum civilis als allgemeine, selbständige Klage»).

<sup>78</sup> Così già G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 298 s.; C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 351 ss.; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 124 s.; C. MAYNZ, *Eléments de droit romain. Tome deuxième*,<sup>2</sup> Bruxelles-Paris 1859, 288 s.; per la natura di buona fede dell'azione A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 632, 634, 636 ss.; per l'attribuzione di un valore meramente esemplificativo all'elenco giustiniano di I. 4.6.28 si registrò anche l'autorevole presa di posizione di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Fünfter Band*, Berlin 1841, 99, 485 nt. f; ove si invocava a supporto Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr. (*est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*), su cui vd. *infra* cap. III § 5; nello stesso ordine di idee F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 586; F.L. KELLER, *Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten des Römischen Rechtes*, Berlin 1854, 118.

<sup>79</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 60 ss.: «il faut admettre sans hésiter que cette action est *directa* et non pas *utilis*», 73 («n'est pas une simple action *utilis* [...] c'est une action originale, un type et non pas une copie de modèles divers»). Ciò spiegherebbe (61 s.) anche la qualifica di *propria actio* assegnata da Ulpiano in Ulp. 6 *opin.* D. 13.7.27 '*domino earum propria actio adversus suum creditorem competit*'; come si è appena accennato (nt. prec.), una critica rispetto alla riconduzione dell'*a.p.v.* alla categoria delle *actiones utiles* può già rinvenirsi in G.E. HEIMBACH, *Ueber die doppelte Bedeutung* cit., 298 s., in una prospettiva che risente però di una rigida identificazione di tale categoria con quella delle *actiones ficticiae*, e che proprio per tale ragione consentiva allo studioso di addurre il mancato riferimento alla presenza di una *fictio* all'interno del pro-

per lo più di stretto diritto<sup>80</sup> che, come si è visto, aveva guidato per lunghissimo tempo gli interpreti e che, ancora nel XIX sec., era stato in grado di far presa su una folta schiera di studiosi.<sup>81</sup>

Non si trattò nel complesso di una svolta semplice. Al contrario. Le non infrequenti oscillazioni che si registrano nel pensiero di Accarias rappresentano forse il segno più tangibile del disagio in cui dovette trovarsi l'autore nel prendere le distanze dalle conclusioni che si erano andate delineando negli studi precedenti. Soprattutto non doveva essere facile mettere in discussione una radicatissima tradizione di pensiero che aveva convintamente creduto in una piena condivisione di dottrine da parte dei giuristi romani, ventilando per contro l'ipotesi di una drastica chiusura di una delle due scuole alla prospettiva di un allargamento dell'area del contratto oltre i precisi limiti delle fattispecie tipizzate a livello edittale. Di qui probabilmente il tentativo e lo sforzo di circoscrivere il più possibile la latitudine del contrasto apertosi in seno alla giurisprudenza, avendo cura di confinarlo all'interno del piano processuale, depurandolo attentamente di ogni implicazione di tipo sostanziale, come se il disaccordo tra le due *sectae* avesse unicamente riguardato l'individuazione del rimedio da adottare<sup>82</sup> e non anche la natura contrattuale dei rapporti sottostanti,

---

gramma di giudizio nello sch.  $\text{Μαθῶν}$ , che pure avrebbe contenuto, sempre a detta di Heimbach, una descrizione estremamente accurata dell'impianto formulare dell'azione; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 124 s.: «zu den utiles actiones wird die praescriptis verbis actio nicht gerechnet».

<sup>80</sup> Fatti salvi naturalmente i casi di permuta ed *aestimatum*: così, come si è detto, in base a I. 4.6.28 (indicazioni al riguardo, *supra* cap. I § 1).

<sup>81</sup> Quanto al primo aspetto, si veda ad es. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 156: «Daher werden die actiones in factum praescriptis verbis auch *actiones utiles* genannt, weil sie nach dem Beispiele der Klagen sind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entspringen»; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 181; più in là anche L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 39. Quanto al carattere di buona fede dell'azione, la prospettiva tradizionale si trova ancora tenacemente difesa, contro le innovative vedute di Savigny, da G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* 2, Leipzig 1842, 120 s. e ivi nt. *fff*, per il quale si spiegherebbe così il motivo per cui siano stati dedicati due appositi titoli alla permuta e all'*aestimatum*; a distanza di tre anni dalla pubblicazione del lavoro di Accarias, al punto di vista della dottrina tradizionale aderiva ancora A.A.F. RUDORFF, *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 123; così anche I. ALIBRANDI, *Delle azioni utili (Opere 1)* cit., 157 ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten. Zweiter Band. Erste Abtheilung*,<sup>2</sup> Erlangen 1879, 628 s.

<sup>82</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («C'est seulement sur la manière de consacrer le contrat que la dissidence éclate»), 96 s. («la dissidence des jurisconsultes se manifesta surtout à propos de l'action par laquelle il fallait les garantir»).

natura che neppure i Sabiniani avrebbero messo mai in discussione.<sup>83</sup>

Più precisamente, mentre Aristone e più in generale una cospicua rappresentanza della scuola proculeiana si sarebbero orientati per la concessione dell'*a.p.v.*,<sup>84</sup> da ritenersi, come si è detto, azione contrattuale generale, Giuliano, e con lui molti esponenti di area sabiniana,<sup>85</sup> con l'eccezione di Pomponio,<sup>86</sup> avrebbero al contrario preferito ricorrere ad *actiones in factum (utiles)*, anch'esse (come si diceva) contrattuali,<sup>87</sup> ma diversamente modellate sullo schema dell'azione prevista per il contratto tipico analogo.<sup>88</sup> Tali azioni non andrebbero confuse con le azioni *in factum* pretorie in senso stretto,<sup>89</sup> alle quali, in talune occasioni, avrebbero fatto ricorso, senza distinzioni di scuola, tutti i giuristi,<sup>90</sup> compreso,

---

<sup>83</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («je doute fort que les Sabinianes aient opposé à l'admission des contrats innommés une résistance bien énergique, bien longue, unanime surtout»), 52, 96 s. («jamais l'école sabinienne ne rejeta l'idée des contrats innommés»).

<sup>84</sup> Non così però Celso: C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («Le Proculien Celsus [...] s'écarte absolument de la doctrine générale de son école»).

<sup>85</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 50 («les Sabinianes repoussaient l'action nouvelle introduite par Labéon et donnaient pour chaque espèce une action *in factum* calquée sur l'action du contrat nommé le plus analogue»), 52 s.

<sup>86</sup> Così appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44 s., 50, 52, 57 s., per il quale Pomponio avrebbe diversamente fatto propria la prospettiva processuale labeoniano-proculeiana, ammettendo un impiego dell'*a.p.v.* sia per la permuta (D. 10.2.18.2) che per i casi di *do ut facias* (D. 19.5.16 pr.) e *facio ut facias* (D. 4.3.9.3); punto di vista mantenuto in ID., *Précis* 2<sup>1</sup> cit., 564 nt. 4, ove, anche per questa ragione, si respinge l'ipotesi di un antagonismo assoluto tra le due scuole: così già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 49 s., non senza travisamenti sullo stato della dottrina allora tradizionale o comunque maggioritaria («Je crois devoir écarter [...] l'idée vulgaire d'un dissentiment radical entre les deux écoles»), se si fa eccezione per isolati spunti apparsi anche e proprio negli anni immediatamente precedenti, tra i quali certo spiccava quello di Vernet (*Textes choisis*): in proposito vd. *supra* nt. 75. Per la dottrina tradizionale basterebbe da questo punto di vista considerare il diverso quadro ricostruttivo che si rinviene, appena un anno prima (1865), in A. DESJARDINS, *De l'action praescriptis verbis* cit., 622 ss., 629 s. Lo stesso si potrebbe dire, sempre per la dottrina francese, per C.A. PELLAT, *Exposé* cit., 282 nt. 1.

<sup>87</sup> Argomenta da C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, 220 s., 274.

<sup>88</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 54, 96: «Julien n'admettait pas l'action *praescriptis verbis*, et que là où il reconnaissait un contrat nouveau, un contrat sans nom juridique, il donnait une action *in factum*, modelée sur l'action du contrat nommé le plus semblable [...] il repoussait l'*actio praescriptis verbis*, et sanctionnait les contrats innommés par des actions *in factum*».

<sup>89</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53, 274, 345: «Il ne faut pas confondre avec les actions utiles les simples actions *in factum*, véritables créations prétorienne».

<sup>90</sup> Fra questi Giavoleno, in Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10: C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 333: «L'action *in factum* [...] serait-elle par hasard l'action *praescriptis verbis*? Serait [...] une action *in*

lo si è visto, lo stesso Aristone,<sup>91</sup> e che, a differenza delle prime, non avrebbero avuto natura contrattuale.

È bene subito precisare che, nonostante il modo di esprimersi di Accarias, il quale potrebbe far pensare a un programma di giudizio più strettamente imparentato con l'*exemplum* edittale sul piano della struttura e dei caratteri,<sup>92</sup> anche per via della natura contrattuale ad esso attribuita, l'*actio in factum (utilis)*, che aveva in mente lo studioso francese, presentava piuttosto l'impianto formulare di Gai 4.46. Non diversamente dall'*actio* pretoria in senso stretto, anch'essa sarebbe stata infatti caratterizzata dalla presenza di una *formula in factum concepta*.<sup>93</sup> A far differire i due modelli processuali sarebbe stata piuttosto la circostanza

---

*factum* instituée à l'image de quelque action contractuelle nommée? Une réponse négative me paraît seule possible sur l'un et l'autre point [...] je ne vois dans l'action donnée par Javolenus qu'une action *in factum* proprement dite».

<sup>91</sup> Così, con riferimento al già richiamato Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53 («il se demandait s'il ne fallait pas admettre une action *in factum*, j'entends une simple action *in factum*, n'ayant aucun caractère contractuel, et non pas une action utile calquée sur une action nommée»), 274 («Ce n'est [...] ni l'action *praescriptis verbis* [...] ni une action *in factum* contractuelle [...] Ariston repousse donc ici l'idée d'un contract»); ID., *Précis de droit romain* 2<sup>1</sup> cit., 561 nt. 1.

<sup>92</sup> Per una più marcata somiglianza tra *actio ad exemplum* e *actio directa*, in termini che servivano peraltro a fugare ogni possibile dubbio circa la natura civile dell'*a. p. v.*, vd. H. VULTEJUS, *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri duo. Editio sexta*, Marpurgi 1610, (*Liber II. De conditione ex contractu innominato. Cap. XII*) 506: «consequens est ut [...] *actio praescriptis verbis sit civilis, utpote ad exemplum actionum nominatarum civilium comparata*».

<sup>93</sup> In questo senso («les actions utiles sont elles-mêmes rédigées *in factum*») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345 e ivi nt. 1, con l'eccezione delle *actiones ficticiae* («Celles-là ne sont pas *in factum conceptae*»); conclusioni riprese, a distanza di qualche decennio, da G. MAY, *Éléments de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit. Tome second*, Paris 1890, 170 e ivi nt. 8. Appare evidente l'influenza esercitata su Accarias dalle dottrine dell'epoca in materia di *actiones utiles*: in relazione all'estensione in via utile di programmi di giudizio con *intentio in ius concepta* mediante il ricorso ad azioni (*utiles*) ma con formula *in factum* vd. ad es. S.W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts* 3 cit., 155; L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 34 ss., su cui vd. *infra* nt. 100. Punto di vista che si ritrova qua e là in dottrina anche negli studi successivi: così, con richiamo alle *actiones in factum ad exemplum* di Pomp. 39 *ad Q. Muc.* D. 19.5.11, C. BREZZO, *L'utilis actio nel diritto romano. Rei vindicatio utilis. Estensione utile dell'azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it.*, Torino 1889, 36, per il quale l'azione edittale sarebbe servita da «guida [...] nel determinare gli effetti che derivano dall'*actio in factum*»: risultato che a detta dello studioso si sarebbe realizzato col mantenimento della *condemnatio* (dell'azione tipica); che in senso lato i giuristi romani discutessero di *actio utilis* anche con riferimento a rimedi processuali con *formula in factum*, predisposti in estensione di azioni civili, è ammesso anche da E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 528: «si dice *utilis* anche un'*actio in factum* (con formula in factum con-

za che le azioni pretorie non avrebbero costituito l'estensione di un'azione già esistente (come invece quelle utili),<sup>94</sup> ma sarebbero state azioni integralmente nuove,<sup>95</sup> del tutto sgangiate da un preesistente modello editale.<sup>96</sup> Differenza che si sarebbe rivelata non priva di implicazioni sia sul piano della individuazione dei presupposti richiesti ai fini del loro esercizio, che su quello del regime sostanziale che in esse avrebbe dovuto trovare applicazione.<sup>97</sup>

Siamo, come si vede, ancora ben distanti dalla rappresentazione tradizionale all'inizio tratteggiata e che di lì a poco si sarebbe andata affermando con Pernice.<sup>98</sup>

Non è il caso di insistere sul fatto che ci troviamo di fronte a una ricostru-

---

cepta [...] che il pretore conceda estendendo per analogia gli estremi di applicazione di un'actio civilis»; P. COLLINET, *La nature des actions des interdicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours 1947, 451 ss.; in senso contrario, l'idea di un'actio utilis in factum è respinta da G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1909, 32; G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in ZSS 94, 1958, 282 nt. 78.

<sup>94</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345 s. («les actions utiles sont des actions *in factum* émanant d'un type déjà connu»).

<sup>95</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 346 («Il ya donc lieu à une création, non à une simple extension»).

<sup>96</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345: «au lieu d'émaner d'un type déjà existant dont elles ne soient qu'une extension et dont elles empruntent les règles, sont données en dehors de toute analogie avec les actions connues et conséquemment ne suivent les règles d'aucune d'elles».

<sup>97</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 345, 354 s. («Quand elle est *utilis*, elle suppose la réunion des conditions qui donnent lieu à l'action directe à laquelle elle correspond [...] les conditions de l'action *in factum utilis* seront toujours déterminées, non pas d'après un principe général [...] mais spécialement pour chaque catégorie d'application [...] elles empruntent leurs conditions d'existence à d'autres actions dites directes, puisqu'elles ont, sinon même formule, du moins même règles et mêmes résultats pratiques [...] l'action directe dont elle est une émanation et dont elle porte le nom»).

<sup>98</sup> Peraltro, nel quadro ricostruttivo tratteggiato dallo studioso francese, il punto di vista del giurista adrianeo avrebbe per certi versi costituito un avanzamento rispetto alle vedute aristoniane, avendo egli, in sostanza, ammesso una tutela contrattuale (ancorché *in factum*) anche per le ipotesi di *facio ut des*, per le quali invece Aristone, come si è accennato, si sarebbe limitato a concedere un'azione pretoria in senso stretto e dunque al di fuori di una loro appartenenza all'area del contratto. Così, con riferimento all'*a. in factum* concessa da Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* (e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3), per un caso da considerarsi in sostanza di *facio ut des* per via del mancato verificarsi dell'effetto traslativo (in proposito vd. vol. II, cap. IV §§ 1, 4) C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220 s.: «J'incline à penser que cette action *in factum* était une action contractuelle donnée à l'image de quelque action nommée», con un punto di vista che sarebbe stato in seguito fatto proprio anche da Gaio (53).

zione complessiva che si affida a una distinzione (tra *formulae in factum* pretorie e *formulae in factum* contrattuali) che appare per molti versi artificiosa e in cui sembra prevalere, come si è accennato, la preoccupazione di ridimensionare, nei termini più ampi possibili, l'estensione della *dissensio opinionum*, presentandola come una questione di metodo o se vogliamo di forma, più che di sostanza, in una visione d'insieme nella quale è facile individuare l'origine di certe prese di posizione, affiorate nel pieno del secolo passato, che hanno provato a spezzare la relazione di appartenenza del contratto alla sfera dello *ius civile*.<sup>99</sup>

Il tentativo, per il quale può individuarsi qualche precedente spunto nella stessa dottrina d'oltralpe,<sup>100</sup> non può certamente ritenersi riuscito e costituisce anzi uno degli elementi di maggiore fragilità nella tesi dello studioso francese, come d'altra parte stanno a testimoniare le non rare oscillazioni che si rinvencono al riguardo e che determinano a tratti un significativo intorbidimento del pensiero dell'autore. In taluni casi, a offuscarsi è la distinzione tra *actio in factum utilis* e *actio in factum* pretoria che aveva invece saldamente guidato lo studioso per l'intera ricerca, al punto da risultare non più così sicura la natura contrattuale della prima. Si pensi a quanto afferma l'autore là dove sostiene che «L'action *praescriptis verbis* est une action contractuelle. Les actions *in factum* dérivent d'un fait ordinairement tout autre qu'une convention; et lors même que le préteur les attache à une convention, cette convention ne devient pas contrat, la rédaction de la formule le prouve suffisamment».<sup>101</sup>

In altre circostanze, con un procedere opposto, è l'*actio in factum utilis* ad allontanarsi dagli schemi di Gai 4.46, per assumere piuttosto la configurazione di azione incerta *ex fide bona*, non diversamente dunque dall'aristoniana (oggi in

<sup>99</sup> Ci riferiamo in particolare a P. VOCI, *La dottrina* cit., su cui vd. *infra* cap. III § 4.1.

<sup>100</sup> Così L.B. BONJEAN, *Traité des actions* cit., 39, 44 ss., al quale si deve in definitiva l'idea di un ricorso sabiniano ad *actiones in factum utiles*, («Ce nouveau genre d'actions [...] fut généralement adopté par les Proculéiens; les Sabiniens préféraient donner l'action *utile* du contrat le plus voisin»). Da altro punto di vista, le conclusioni dell'autore si segnalano per un significativo ridimensionamento dello scarto di prospettiva tra insegnamento sabiniano e proculciano, rispetto a quello che sarebbe stato in seguito ventilato da Accarias, visto che il contrasto tra le scuole avrebbe riguardato certamente il piano della *conceptio verborum* dei due programmi di giudizio (*intentio in factum*, secondo le vedute sabiniane, *intentio in ius*, secondo il modello proculciano), non però quello delle sottostanti logiche processuali, visto anche l'*a.p.v.* proculciana, al pari dell'*a. in factum* sabiniana, sarebbe stata un'azione utile, concessa in estensione di modelli di giudizio editali. Sono evidenti da questo punto di vista le influenze della dottrina di diritto comune circa la natura dell'*a.p.v.*

<sup>101</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 368.

molti direbbero labeoniana) *actio praescriptis verbis*: è il caso, come vedremo, dell'*actio in factum* concessa da Giuliano-Africano in Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24, che l'autore riteneva modellata sul programma di giudizio dell'*actio mandati*.<sup>102</sup> Si consideri poi che, seppure in via di mera ipotesi, non veniva del tutto esclusa neppure l'eventualità dell'impiego, da parte di Giuliano (almeno in Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*), di un'azione rigorosamente pretoria, sussidiaria all'*actio de dolo*,<sup>103</sup> per quanto si ritenesse comunque preferibile l'ipotesi di un'azione *in factum utilis*.<sup>104</sup>

Ed è probabilmente da tali vistosi ondeggiamenti che prese l'avvio quell'importante processo di ridefinizione del pensiero dello studioso che doveva giungere a piena maturazione, a distanza di pochi anni, (già) nella prima edizione dei *Precis de droit romain* del 1872, in cui l'*actio in factum* giuliana (sempre con riferimento all'ipotesi di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2) aveva ormai definitivamente dismesso i caratteri di azione contrattuale, per acquisire piuttosto quelli di rimedio pretorio in senso stretto («Julien donnait une action *in factum* qui n'avait rien de contractuel»)<sup>105</sup>.

3. Il contributo della scuola 'tedesca' nell'ultimo scorcio del XIX secolo: da Alfred Pernice a Joseph Pokrowsky. La questione dell'interesse tutelato: tra '*Negatives Vertragsinteresse*' ed '*Erfüllungsinteresse*'.

Non bisognerà in ogni caso attendere molto perché l'idea del dissenso giu-

<sup>102</sup> *Infra* cap. III § 2.1.

<sup>103</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220 s. nt. 1: «On peut soutenir aussi qu'il s'agit d'une simple action *in factum* subsidiaire de l'*actio de dolo*. S'il en est ainsi, la doctrine de Julien sur cette hypothèse concorderait très-bien avec celle du § 3 de notre loi 5»: il riferimento, naturalmente, è a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, su cui vd. vol. II, cap. IV § 2, 2.1 e cap. V § 1.1; in relazione ai rapporti tra i due rimedi processuali vd., sempre nel senso della sussidiarietà qui indicata, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera V* cit., 1622, su cui vd. vol. II, cap. IV nt. 157, cap. V nt. 45.

<sup>104</sup> C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220, su cui vd. *supra* nt. 98.

<sup>105</sup> C. ACCARIAS, *Precis de droit romain 2<sup>e</sup>* cit., 563 nt. 1 («Plus tard, une éviction vous enlève Stichus, d'où il résulte que je n'ai point fait naître le contrat *do ut des* (sic). Mais en affranchissant Phamphile, vous vous êtes placé dans l'hypothèse *facio ut des*. Quelle est donc l'action qui vous compète ? D'après Ulprien, Julien donnait une action *in factum* qui n'avait rien de contractuel»); si veda, da questo punto di vista, il differente ordine di idee in cui si poneva, sempre con riferimento a questo caso, lo studioso in ID., *Théorie* cit., 220 s., citato nella nt. prec.

lianeo andasse definitivamente assumendo la connotazione di un più radicale rigetto dell'atipicità contrattuale. È con la pubblicazione, come si è appena accennato, di un notissimo studio di Alfred Pernice apparso nel 1888 nella *Savigny-Zeitschrift*<sup>106</sup> che il quadro può ritenersi ormai composto, nelle forme in cui ci è stato per lungo tempo consegnato. È grazie infatti allo studioso tedesco, il quale si era in effetti già impegnato in una recensione al lavoro di Accarias,<sup>107</sup> che il contrasto tra Sabiniani e Proculeiani comincerà a spostarsi su un piano decisamente sostanzialistico, in relazione al quale il momento processuale delle diverse modalità di tutela verrà a porsi come dato meramente consequenziale, rispetto a un sottostante dissenso che avrebbe toccato direttamente, e alle radici, l'idea stessa di contratto.

A differenza dei Proculeiani e fatto salvo il caso della permuta, per il quale ci si sarebbe affidati a un approccio logico-argomentativo di tipo assimilativo,<sup>108</sup> con mantenimento dunque del modello processuale edittale di riferimento (*a. empti, venditi*), i Sabiniani avrebbero escluso per i *nova negotia* la configurabilità di una responsabilità di tipo contrattuale, ammettendo piuttosto una responsabilità non dissimile da quella derivante da atto illecito.<sup>109</sup> Di qui la concessione

---

<sup>106</sup> A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 195 ss.

<sup>107</sup> A. PERNICE, *Zur Lehre den Innominatkontrakten*, in *Krit. Vjschr.* 10, 1868, 68 ss.

<sup>108</sup> Per un ridimensionamento del rilievo che avrebbe assunto l'assimilazione nelle decisioni concretamente adottate dai giuristi di area sabiniana, i quali si sarebbero piuttosto (e prevalentemente) indirizzati, fatta eccezione per l'ipotesi della permuta, verso la predisposizione di apposite azioni *in factum* pretorie, vd. A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 s.; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 253 s.; ancor più netto P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*,<sup>1</sup> Paris 1897, 570 s., 571 nt. 6: «Ces actions *in factum* [...] ont probablement eu, dans la doctrine sabinienne, beaucoup plus d'importance que les tentatives infiniment plus connues faites pour étendre dans certains cas les actions nées des contrats nommés»; apprezzamento anche in P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 329 nt. 1; diversamente («L'unica via aperta [...] resta quella dello sforzo di ridurre attraverso continui processi di assimilazione i nuovi rapporti sociali entro i rigidi confini delle ipotesi già regolate dall'ordinamento, al di là delle quali non vi può essere altra tutela che l'occasionale ricorso *ad actiones in factum* pretorie») A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, 110; al cui punto di vista mostra di aderire P. STEIN, *Sabinio* cit., 64.

<sup>109</sup> A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 («Es steht hier ganz ähnlich wie bei den Delikten»); adesivamente («oscillano fra il contratto e il delitto») P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in *RIL* 40, 1907 = *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, 118; così anche J.B. THAYER, *Actio praescriptis verbis*, in *Tulane Law Review* 19, 1944-45, 68 nt. 19.

dell'*actio in factum*, da ritenersi per sua natura non compatibile con l'idea stessa di contratto,<sup>110</sup> per quanto essa presupponesse l'individuazione di un rapporto contrattuale analogo a quello che si andava a tutelare.<sup>111</sup> Non sarebbero mancate eccezioni.<sup>112</sup>

Da buon sabiniano, all'indirizzo della propria scuola si sarebbe prontamente uniformato anche Giuliano, il quale, del resto, non avrebbe fatto altro che atteggiarsi scrupolosamente all'insegnamento impartitogli dal proprio maestro Giavoleno,<sup>113</sup> anch'egli convinto partigiano dell'*a. in factum*,<sup>114</sup> secondo quanto sarebbe del resto confermato da Iav. 13 *epist.* D. 19.5.10, ove l'*actio in factum* pretoria viene preferita alla *condictio*, cui diversamente avrebbe fatto ricorso altro settore della giurisprudenza.<sup>115</sup>

Nel solco del nuovo percorso tracciato da Pernice si andarono peraltro inse-

<sup>110</sup> A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 254 s. («die *a. in f.* verneint das Dasein eines klagbaren Vertrages, aus dem die *actio* hervorgehen müsste»); ID., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abteilung*, Halle 1892, 282. È bene rilevare che il programma di giudizio di tale azione avrebbe presentato significative deviazioni rispetto all'impianto costruttivo di Gai 4.46, trovandosi evidenziato il fatto fondativo della pretesa nei suoi elementi costitutivi all'interno di una apposita *demonstratio*, alla quale sarebbe stata direttamente collegata una *condemnatio* al *quanti ea res est*. Si veda appunto A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 101: «Bei dieser Klage musste die Demonstration der Formel das ganze Rechtsgeschäft beschreiben. Die Condemnation schloß sich unmittelbar an diese Beschreibung an und gieng auf quanti ea res est».

<sup>111</sup> In questi termini A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 282 s. nt. 4, il quale così giustifica i dubbi sul riferimento all'*a. in factum* che troviamo impiegata in Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18.1 («Die *actio in f.* endlich ist freilich julianisch; aber hier ist die Schwierigkeit, dass sich kein analoger klagbarer Vertrag bietet, an dem sich das neue Verhältnis angliedern liesse»).

<sup>112</sup> Per un'apertura di Pomponio verso le soluzioni adottate dalla scuola proculeiana, dovuta a una specifica sensibilità che gli sarebbe derivata dalla propria attività di giurista-compilatore, vd. A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 257.

<sup>113</sup> Iul. 42 *dig.* D. 40.2.5 'Iavolenum praeceptorem meum'. Sul punto la dottrina è unanime. Appare pertanto non giustificata la cautela di M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in IVRA 39, 1988, 50 («allievo, probabilmente, di Giavoleno»).

<sup>114</sup> A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255: «Javolen und Julian geben mehrfach *a. in f.*»; adesivamente P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 334 («Giavoleno accorda invece un'*actio in factum*, accusando già per questa la predilezione che rivela poi il suo scolaro Giuliano»).

<sup>115</sup> In tal senso Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1: sul brano vd. P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 332 ss., ove riferimenti alla letteratura precedente; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 275; R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in AUPA 32, 1971, 191 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 180 ss.

rendo, a distanza di appena sette anni, le ricerche di Pokrowsky,<sup>116</sup> la cui analisi approdò a esiti che erano destinati a esercitare anch'essi una considerevole influenza sul successivo dibattito scientifico. Com'è noto, l'allora giovane studioso russo ebbe modo di occuparsi del tema dei contratti innominati nell'ambito di una più ampia ricerca in materia di *actiones in factum*, in cui si provava a fissare il rapporto tra azioni civili (*formulae in ius*) e azioni pretorie (*formulae in factum*) in considerazione della situazione giuridica soggettiva fatta valere<sup>117</sup> (di qui appunto il senso esatto dell'espressione *ius intendimus*),<sup>118</sup> più che della oggettiva *conceptio verborum* del programma di giudizio,<sup>119</sup> con conclusioni che gli avrebbero procurato numerose critiche in dottrina<sup>120</sup> e so-

<sup>116</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum des classischen Rechts*, in ZSS 16, 1895, 80 ss.

<sup>117</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum*, 95 s.: «das Charakteristische der formulae in ius conceptae darin besteht, dass durch diese Formeln ein (uns zustehendes) civile Recht geltend gemacht wird, dass in diesen Formeln von einem dem Kläger angehörigen civilen Rechte [...] die Rede ist».

<sup>118</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 98 ss.: «Im Allgemeinen heisst „intendere“ geltend machen [...] Wenn wir diesen Begriff mit dem Begriffe „agere“ zusammenstellen, so ergibt sich, dass sich die beiden Begriffe vollständig decken [...] der Kläger also „ius suum intendit, in ius agit“». Non si trattava in effetti di posizione del tutto nuova. Un riferimento alla situazione giuridica soggettiva da farsi valere poteva già trovarsi, ad es., in M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Zweiterband. Der römische Civilprozeß. 2. Formulae*, Berlin 1865, 218 s., (come era del resto ricordato proprio da Pokrowsky: 23 ss.): al riguardo vd., con ulteriore letteratura e in un ordine di idee che tende a negare la presenza di un'*intentio* in senso tecnico all'interno delle *formulae in factum*, F. DE VISSCHER, *Les formules in factum*, in RHD 4, 1925, 221 s. e ivi nt. 1, ove si aderisce, almeno per questo specifico aspetto, alla posizione di Pokrowsky, con critica piuttosto alla posizione di Erman relativa all'*intentio*: «[...] pour lui l'*intentio iuris civilis* n'est que la règle de droit objectif fournie par le préteur pour trancher le litige, et non le droit subjectif affirmé par le demandeur [...] cette notion de l'*intentio* [...] représente une déformation flagrante de la notion classique attestée par la definition de Gaius». Per l'assenza di *intentio* all'interno delle azioni *in factum conceptae* vd. anche S. PEROZZI, *Istituzioni 2* cit., 63; ID., *Istituzioni di diritto romano II*,<sup>2</sup> Roma 1928, 89 nt. 1.

<sup>119</sup> La questione non era, come si può intuire, priva di conseguenze sia sul piano dogmatico che pratico. Quanto alla prima questione, tutte le azioni pretorie dovevano considerarsi *in factum*, ancorché avessero nell'*intentio* un riferimento allo *ius civile* (*Aulii Augerii esse ex iure quiritium, dare facere oportere*): tali erano pertanto le azioni *ficticiae* e con trasposizione di soggetti. Ciò comportava, e così veniamo alla questione dei riflessi pratici, che l'effetto consuntivo della *litis contestatio* non avrebbe operato, in questi casi, automaticamente (*ipso iure*), ma *ope exceptionis* (Gai 4.106-107): J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 56 ss., 73 ss.

<sup>120</sup> In questo senso vd. C. FERRINI, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in RISG 27, 1899, 389 ss.

prattutto avrebbero alimentato un'accesissima polemica con Erman,<sup>121</sup> di carattere anche personale.<sup>122</sup>

Apprezzamento riscosse invece l'autore per ciò che riguarda la questione della tutela dei *nova negotia*. Ciò si spiega probabilmente col fatto che, pur non avendo egli aggiunto nulla di realmente innovativo alle conclusioni alle quali era già pervenuto Pernice, ed essendosi anzi espressamente rifatto alle risultanze che erano emerse in quegli studi,<sup>123</sup> era stato tuttavia il primo a interrogarsi seriamente sulle conseguenze che sarebbero scaturite, sotto il profilo dell'intensità della tutela, dall'adesione all'uno o all'altro orientamento.<sup>124</sup> Si trattava di un aspetto che era stato sino ad allora appena tratteggiato, in termini che peraltro avevano indotto gli studiosi a concentrarsi, sotto la suggestione di brani come Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1-2,<sup>125</sup> sul solo rapporto tra la ripetitiva *condictio ob rem dati* e la contrattuale *a.p.v.*, diversamente orientata ad assicurare l'interesse

---

<sup>121</sup> H. ERMAN, *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896, 498 ss.; soprattutto ID., *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZSS 19, 1898, 262 ss.; con replica di J. POKROWSKY, *Zur Lehre von den actiones in ius und in factum*, in ZSS 20, 1889, 99 ss. Polemica nella quale si inserì, quasi in appendice e con critica rispetto alle conclusioni di Erman, Krüger (Hugo): in proposito vd. H. KRÜGER, Rec. a H. ERMAN, *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, in ZPOR 24, 1897, 416 ss.; ID., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZPOR 27, 1900, 467 ss.; con risposta di H. ERMAN, *Miscellen. [Noch einmal] 'die actiones in factum'*, in ZSS 23, 1902, 445 ss. In proposito vd., con ulteriori indicazioni bibliografiche, P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 35 ss. e ivi nt. 2, con adesione, in larga misura, alle conclusioni di Erman.

<sup>122</sup> Si consideri il severo giudizio di H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 262 s. («Als Pokrowsky an das vorstehend charakterisirte Thema sich wagte, war er ein Anfänger. Es fehlte ihm also das für dessen erspriessliche Behandlung wichtigste: die Erfahrung»).

<sup>123</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84 nt. 2.

<sup>124</sup> Uno spunto in tale direzione può rinvenirsi, in una prospettiva in verità allargata all'*a. de dolo* e nel quadro di una visione ricostruttiva che non prendeva in considerazione l'ipotesi di una contrapposizione tra scuole, già in C. MAYNZ, *Eléments* 2<sup>2</sup> cit., 285 s. («Le principe d'une action en dommages et intérêts pour cause d'inexécution étant établi, il ne fallait faire qu'un pas de plus pour accorder une action à l'effet de poursuivre l'exécution même. Ce fut probablement Labéon qui réalisa cette réforme»); ID., *Cours* 2<sup>3</sup> cit., 306.

<sup>125</sup> Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1-2: [...] *in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* 2 [...] *si rem do, non erit locatio, sed nascetur <vel> civilis actio in hoc quod mea interest <vel ad repetendam condictio>*; nello stesso ordine di idee Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7. *'Si tibi decem dederò, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas'*.

al rispetto dell'accordo.<sup>126</sup> Era invece mancata un'apposita riflessione sull'*a. in factum* (pretoria).

In un ordine di idee non diverso da quello di Pernice, anche secondo lo studioso durante l'epoca classica si sarebbero venuti formando, sino a contrapporsi, due differenti orientamenti.

Da un lato quanti, sulla scia di Aristone, avrebbero innovativamente<sup>127</sup> ammesso l'esistenza di un contratto, produttivo come tale di obbligazione civile («aus welchem eine civile Obligation entspringt»), c.d. 'Vertragstheorie', dall'altro coloro che, mantenendosi fedeli a una più antica dottrina, si sarebbero piuttosto limitati a riconoscere l'esistenza di «eine Thatsache, aus welcher für eine der dabei beteiligten Personen ein Schaden erwachsen ist» ('Schadenstheorie'), in cui dunque la responsabilità non sarebbe scaturita in via diretta dalla promessa di una prestazione non eseguita, quanto piuttosto dal compimento di una condotta ritenuta di per sé lesiva («dass er den Schaden verursacht hat»).128

Mentre i primi avrebbero optato per un'*actio civilis incerti* (altrimenti detta *a.p.v.*), i secondi si sarebbero al contrario pronunciati in favore della concessione di un'*actio in factum* (*concepta*), secondo il modello dunque di Gai 4.46,<sup>129</sup> fatta salva la possibilità, per entrambi gli schieramenti, di agire in via di mera ripetizione<sup>130</sup> con la *condictio incerti*,<sup>131</sup> là dove ne ricorressero i presupposti.<sup>132</sup>

<sup>126</sup> J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber II. Sectio I.* cit., *Caput IX. De effectu actionis praescriptis verbis, an sit certi vel incerti iuris*, nn. 1 ss., 196 ss.; tenuto conto anche del carattere di buona fede dell'azione, vd. ad es. A. ERXLBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 77 («semper venire in hanc actionem id, quod actori intersit, placita servari»); C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum. Volumen II.*,<sup>3</sup> Halis Saxonum 1831, 253; J.C. HASSE, *Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio*, in *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* 6, Göttingen 1834, 43; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 586, 589; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain* 2<sup>1</sup> cit., 559.

<sup>127</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 86.

<sup>128</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84.

<sup>129</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85 s.

<sup>130</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 86 («sie ging immer nur auf Rückgabe der übergebenen Valuta»).

<sup>131</sup> J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 85 («Neben diesen beiden Mitteln steht dem Contrahenten, der seine Pflicht erfüllt hat, natürlich noch die *CONDICTIO INCERTI* zu Gebote»). Azione che si sarebbe differenziata dall'*a. civilis incerti* per l'assenza della clausola di buona fede («die civile Klage mit der intentio auf quidquid dare facere oportet, aber ohne den Zusatz „ex fide bona“, wodurch sich diese Klage von der erwähnten actio civilis incerti unterscheidet»). Sul rapporto tra le due azioni vd. cap. III § 3.

<sup>132</sup> Presupposti che sarebbero ad es. mancati nel caso preso in esame in Ulp. 4 *ad ed.* D.